Die personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses nach der Systematik des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Johann Wolfgang Goethe-Universität

in Frankfurt a. M.

vorgelegt von

Helmut Michels

aus Trier.

Würzburg 1936

Buchdruckerei Richard Mayr.

Referent: Professor Dr. Fr. Klausing
Korreferent: Dozent Dr. A. Schantz

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juni 1935

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

	Seite
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Begriffliche Klarstellung.	4
I. Das Arbeitsverhältnis als organische Zusammenfassung der Beziehungen, in denen sich der in einem Betriebe abhängige Arbeit leistende Mensch befindet.	4
II. Die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft beruht auf der Arbeit im Betriebe.	6
Zweites Kapitel: Das Arbeitsverhältnis in der Auffassung der letzten 100 Jahre.	13
I. Das Arbeitsverhältnis als vermögensrechtliches Verhältnis.	13
a) Das Arbeitsverhältnis als Kauf.	13
b) Das Arbeitsverhältnis als Miete.	15
c) Das Arbeitsverhältnis als Verhältnis sui generis.	16
II. Das Arbeitsverhältnis als vermögensrechtliches Verhältnis mit personenrechtlichem Einschlag.	17
III. Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Verhältnis.	20
Drittes Kapitel: Die personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses nach der Systematik des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit.	22
I. Allgemeines.	22
II. Die Betriebsgemeinschaft als Quelle der personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses.	23
a) Die Betriebsgemeinschaft als personenrechtlicher Herrschaftsverband.	23
b) Die Zusammenfassung der personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses in der Betriebsgemeinschaft und die Trennung von Unternehmer- und Führerfunktion.	24
III. Die personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses.	28
a) Die Treupflicht.	28
b) Die Fürsorgepflicht.	33
c) Befehlsgewalt, Gehorsamspflicht und Bußgewalt.	36
IV. Die vermögensrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses.	40
a) Zusammenfassung der bereits im vorigen Abschnitt mitbehandelten vermögensrechtlichen Bestandteile.	40
b) Der Anspruch des Unternehmers auf die Arbeitsleistung.	41
c) Der Lohnanspruch des Beschäftigten.	41
d) Der Urlaubsanspruch.	43
e) Der Beschäftigungsanspruch.	44
f) Der Anspruch auf Zeugniserteilung.	45
g) Der Erwerb des Arbeitsproduktes durch den Unternehmer.	46
h) Die Klage auf Widerruf der Kündigung nach § 56 AOG und die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung.	47
Schlußbemerkung.	49

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Albrecht: Tarifvertrag in Wörterbuch der Volkswirtschaft in 3 Bänden, herausgegeben von Prof. Dr. Ludwig Elster. 3. Bd. 4. Aufl.

Arbeitsrechts-Kartei: Herausgegeben von Amtsgerichtsdirektor Dr. Kallen beim Arbeitsgericht Stuttgart.

Arbeitsrechts-Sammlung: Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte. (Arb. S.).

Archiv für öffentliches Recht.

Brentano, L.: Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht. Leipzig 1877.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8. Aufl.

Crome, C.: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1902.

Denecke: Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis? Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 219 ff.

Dernburg, H.: Pandekten. II. Bd. Berlin 1886.

Dernburg, H.: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. II. Bd. 2. Abteilung. 3. Aufl. 1906.

Dersch, H.: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar. Berlin 1934 (Dersch).

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8. Aufl. 1903.

Endemann, W.: Das deutsche Handelsrecht. Heidelberg 1869.

Endemann, W.: Die Arbeit, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von W. Endemann, II. Bd. 1882.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).

Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt. Berlin 1923.

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 14. Aufl. München 1932 (Fischer-Henle).

Gierke, O. von: Deutsches Privatrecht. I. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht. 1895. III. Bd. Schludrecht. 1917.

Gierke, Otto von: Die Wurzeln des Dienstvertrages, in Festschrift für Heinrich Brunner, München-Leipzig 1914.

Goldschmidt, L.: Handbuch des Handelrechts I. Bd. 2. Abteilung. Erlangen 1868.

Grimm, J. u. W.: Deutsches Wörterbuch. VI. Bd. 1885.

Heck, Ph.: Interessenjurisprudenz in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 97.

Herz, E.: Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag. Iherings Jahrbücher 74, S. 1 ff.

Huber, E. R.: Betriebsordnung und Tarifordnung. JW 1934. S. 1017 ff.

Huber, E. R.: Der Treuhänder der Arbeit. DJZ. 1935, Sp. 202 ff.

Hueck: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetz. Iherings Jahrb. 74, S. 358 ff.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. I. Bd. 1931.

Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934. (Hueck-Nipperdey-Dietz).

Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927. (Grundlehren).

Ihering, R. von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 5. Aufl. II. Bd.

Joerges, R.: Arbeitsverhältnis, Betrieb, Unternehmer und Führer nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Arbeitsrecht und Volkstum 1934, Sp. 105 ff.

Joerges, R.: Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Arbeitsrecht und Volkstum. 1934. Sp. 41 ff.

Kaskel, W.: Arbeitsrecht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von E. Kohlrausch, W. Kaskel, A. Spiethoff 1932.
Kausen, J.: Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts. Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 71 ff.
Keller, Fr. L.: Pandekten aus dem Nachlasse des Verfassers. Herausgegeben von Dr. Emil Friedberg. Leipzig 1861.
Kohler, J.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. Vermögensrecht, 1. Teil. Schuldrecht. Berlin 1906.
Kreller, H.: Allgemeine Grundlagen des Kündigungsschutzes nach § 56 ff. AOG. Deutsches Arbeitsrecht 1934.
Kuhlenbeck, L.: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil. Berlin 1899.
Landmann, R. von: Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl., herausgegeben von Dr. Gustav Rohmer.
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts begründet von Ludwig Eneccerus, Th. Kipp und Martin Wolff. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse von Ludwig Enneccerus. 11. Bearbeitung von Heinr. Lehmann (Enneccerus-Lehm.) III. Bd. Das Sachenrecht von Martin Wolff, 9. Bearbeitung (Wolff bei Enneccerus Lehrbuch des Bürgerl. Rechts).
Lotmar, Ph.: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. I. Bd. 1902. II. Bd. 1908.
Mainzer, R.: Betrieb und Betriebszugehörigkeit. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht a. d. Universität Leipzig, herausgegeben von Prof. Dr. E. Jacobi, Leipzig. 31. Heft. 1933.
Mansfeld, W.: Der Führer des Betriebes. JW. 1934. S. 1004.
Mansfeld, W.: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934, Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 33 ff.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar 1934 (Mansfld-Pohl).
Marx, K.: Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie. I. Bd. Buch I: Der Produktionsprozeß des Kapitals, herausgegeben von Fr. Engels, 8. Aufl. Hamburg 1919.
Melsbach, E.: Deutsches Arbeitsrecht. Zu seiner Neuordnung. Berlin-Leipzig 1923.
Molitor, E.: Arbeitnehmer und Betrieb. Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Grundlegung des Arbeitsrechts. Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Herausgegeben von Ernst Heymann, Berlin Nr. 53.
Molitor, E.: Das Wesen des Arbeitsvertrages. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. 7. Heft.
Molitor, E.: Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Reichsarbeitsblatt, Nichtamtlicher Teil 1924, S. 79 ff.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes I. Bensheimer 1925.
Nikisch, A.: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Leipzig 1934.
Nikisch, A.: Die Grundformen des Arbeitsvertrages. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. 11. Heft.
Oertmann, P.: Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
Oertmann, P.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abteilung. 5. Aufl. 1929 (Oertmann).
Oppermann, W.: Der Rechtsbegriff des Arbeitsverhältnisses. Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Ange-

stellten und Beamten, herausgegeben von H. Potthoff, 13. Jahrg. Sp. 30 ff.
Potthoff, H.: Arbeitsvertrag, Zwangsgesetz, Tarifsatzung, Arbeitsrecht (Arb. R.) IX. Sp. 427.
Potthoff, H.: Beiträge zur Kritik und Reform. Arbeitsrecht IX. Sp. 28 ff.
Potthoff, H.: Das Arbeitsverhältnis. Arbeitsrecht IX. Sp. 369.
Potthoff H.: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 5. Heft.
Potthoff, H.: Gesellschaftsverhältnis statt Arbeitsverhältnis? Arbeitsrecht IX. Sp. 371 ff.
Potthoff, H.: Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? Arbeitsrecht IX. Sp. 267.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 2. Hälfte. 4. Aufl. III. Bd. 1. Hälfte. 5. Aufl.
Richter, L.: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. 3. Heft.
Richter, L.: Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. Berlin 1928. (Grundverhältnisse).
Richter, L.: Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Reichsarbeitsblatt, Nichamtl. Teil, 1924, S. 230.
Ricardo, D.: Grundsätze der Volkswirtschaft und Besteuerung. Aus dem engl. Original und zwar nach der Ausgabe letzter Hand (3. Aufl.) ins Deutsche übertragen und eingeleitet von Prof. Dr. H. Waentig in Halle a. S. 3. Aufl.
Schollmeyer, Fr.: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1904.
Schwenk, H.: Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleisteten Dienste? Diss. Breslau 1929.
Silberschmidt, W.: Das deutsche Arbeitsrecht: I. Teil. Das deutsche Arbeitsrecht im weiteren Sinne. 1926. II. Teil. Das deutsche Arbeitsrecht im engeren Sinne.
Sinzheimer, H.: Grundzüge des Arbeitsrechts. Jena 1927 (Grundzüge).
I. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, 9. Aufl. (Staudinger).
Vallbracht, G.: Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses in dem geltenden deutschen Rechte und in dem Entwurfe eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Diss. Gießen 1927.
Weigelt, W.: Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis. Arbeitsrecht und Volkstum 1934, Sp. 5 ff.
Windscheidt, B.: Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Dr. Th. Kipp. 1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547420_0019

Einleitung.

Vor dem Durchbruch der nationalsozialistischen Weltanschauung beruhte die gesetzliche Ordnung des Arbeitslebens auf dem Gedanken eines naturnotwendigen Gegensatzes zwischen Arbeiter und Unternehmer, der letztlich im Prinzip des Klassenkampfes gipfelte. Mit dem Siege der nationalsozialistischen Weltanschauung war das Klassenkampfprinzip überwunden. Nicht mehr das Gegeneinander, sondern das Füreinander wurde als das gestaltende Element im Leben des Volkes erkannt. Und so ergab es sich, daß zwangsläufig die bisherige Ordnung des Arbeitslebens verschwinden und durch eine neue, von dem Gemeinschaftsgedanken getragene, ersetzt werden mußte.

Bei der elementaren Bedeutung, die der Arbeit im Leben des Volkes zukommt, konnte mit der gesetzlichen Neuordnung des Arbeitslebens nicht lange zugewartet werden; die Umgestaltung der sozialen Ordnung im nationalsozialistischen Sinne war dringlichste Aufgabe. Sie wurde sofort nach dem Umschwung in Angriff genommen und fand ihren gesetzlichen Niederschlag in besonderem Maße in dem „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit" vom 20. 1. 1934.

Dieses Gesetz ist so recht aus einer schöpferischen Zeit geboren, in der zwar die großen Linien der Entwicklung scharf umrissen sind, mit deren Ausgestaltung im einzelnen jedoch noch gerungen wird.

Seine Schöpfer hatten nicht die Aufgabe des Gesetzgebers der vorhergegangenen Epoche, nämlich eine gewachsene rechtliche Ordnung gesetzlich erschöpfend festzustellen und zu perpetuieren. Ihre Aufgabe war eine viel größere, vor allem eine wesensandere, nach weiteren Zielen strebende:

Dem politischen Siege des Nationalsozialismus mußte, wollte der Nationalsozialismus seine Ziele erreichen, die weltanschauliche Durchdringung der Masse des Volkes mit nationalsozialistischem Gedankengute folgen. Gemessen an der Gesamtzahl der Volksgenossen stellten die Träger der nationalsozialistischen Weltanschauung nur eine Minderheit dar, die in sich wiederum, von einer kleinen Führerschicht abgesehen, noch keineswegs zu klaren, einheitlichen Vorstellungen über die praktische Auswirkung ihrer weltanschaulichen Grundhaltung im einzelnen gekommen war: Klar war man sich zwar darüber, daß das soziale Leben eine Umgestaltung auf Grund des Gemeinschaftsgedankens, des Füreinander aller Volksgenossen, erfahren müsse; wie diese aber im einzelnen zu geschehen hätte, das war die Frage, vor die sich der Gesetzgeber gestellt sah.

Bei einer gesetzgeberischen Antwort auf diese Frage war zugleich zu berücksichtigen, daß weite Kreise der Bevölkerung bisher weltanschaulich eine dem Nationalsozialismus entgegengesetzte Haltung eingenommen hatten und sich erst allmählich zu nationalsozialistischem Denken und Handeln durchringen würden.

Es galt daher die grundsätzliche weltanschauliche Umstellung im sozialen Leben in der Weise in gesetzliche Form zu gießen, daß die gesetzliche Form selbst sich als Mittel zur Weitertreibung der Entwicklung bewahren würde. Es galt Richtlinien herauszuarbeiten mit verbindlicher Kraft für das Rechtsleben, nach denen im Einzelfall brauchbare, mit der nationalsozialistischen Weltanschauung in Einklang stehende Ergebnisse zu erzielen sind. Zugleich waren Einzelregelungen zu geben, jedoch so, daß die Weiterentwicklung nicht durch Dogmen eingeengt und erdrückt wurde.

Das AOG greift weit über den tatsächlichen Stand der Entwicklung hinaus, indem es nationalsozialistische Grundsätze aufstellt, deren restlose Verwirklichung, wie uns allen bewußt ist, noch viel Zeit und Erziehungsarbeit erfordern und vielleicht in gewissem Umfange immer Forderung bleiben wird.

Immer wieder hat man betont, daß das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit große Anforderungen an die Gesinnung der Menschen stelle, daß es vor allem auf die Menschen ankäme, die es zu handhaben hätten. Man hat darauf hingewiesen, daß der Nationalsozialismus die Gesinnung der Menschen umzuändern bestrebt sei, und von der Durchdringung des gesamten Volkes mit der nationalsozialistischen Weltanschauung die künftige Bedeutung des AOG abhänge.

Aber nicht nur bezüglich des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, vielmehr bei der gesamten gesetzgeberischen Reform wird heute immer wieder hervorgehoben, daß eine gewaltige Erziehungsarbeit zu leisten sei, ehe die neuen Gesetze ihre volle Bedeutung entfalten, ja sich restlos bewähren könnten. Ueber dem Gedanken an die unmittelbare Erziehung des Volkes durch den Nationalsozialismus wird die erzieherische Aufgabe der Gesetze selbst nur zu leicht vergessen. Bei einem großen Teil derer, die sich mit der Reform unseres Rechtes befassen, hört man immer wieder, mehr oder weniger klar zum Ausdruck gebracht, die Forderung: „die Rechtsgenossen müssen noch weitgehend im nationalsozialistischen Sinne erzogen werden, damit unsere Gesetze auf sie passen."

Daß noch eine gewaltige Erziehungsarbeit im nationalsozialistischen Sinne zu leisten ist, leugnet niemand. In den Dienst dieser Erziehungsarbeit sind aber stärker oder wirksamer als bisher die Gesetze selbst einzuschalten. Der Gesetzgeber besitzt im Gesetz ein Erziehungsinstrument — das, wie jedes Erziehungsmittel, natürlich nicht ohne Grenzen ist —, welches er zur Vertiefung der nationalsozialistischen Weltanschauung selbst zu gebrauchen hat.

Selbst wenn alle Rechtsgenossen wirklich echte Nationalsozialisten sind, werden wir nicht alle Gesetze, d. h. den authentischen Ausspruch dessen, was Rechtens sein soll, durch die nach der Staatsgrundordnung hierzu berufenen Personen, entbehren können; denn eine ein ganzes Volk umfassende Gemeinschaft kann niemals auf jede verbindliche Festlegung der wichtigsten Regeln des Zusammenlebens verzichten,

und weiter gibt es schlechterdings eine ganze Anzahl von Rechtsfragen, die sich auch bei weltanschaulich gleicher Grundeinstellung verschieden beantworten lassen. Je weniger jedoch noch die Rechtsgenossen von der nationalsozialistischen Weltanschauung durchdrungen sind, desto eingehender muß, trotz der Bedeutung, die einem tüchtigen nationalsozialistischen Rechtswahrerstand zukommt, die gesetzliche Regelung des Lebens innerhalb der Volksgemeinschaft sein, desto höhere Anforderungen müssen wir an unere Gesetze stellen.

Derjenige, der Vorschläge zur gesetzgeberischen Reform macht und zugleich darauf hinweist, daß die praktische Durchführbarkeit seiner Vorschläge davon abhängt, ob die nationalsozialistische Erziehung schon genügend Vorarbeit geleistet hat, stellt sich kein gutes Zeugnis aus. Er sollte sich besser fragen, wie muß das Gesetz aussehen, damit es in der Gegenwart zu gebrauchen und selbst die Entwicklung im nationalsozialistischen Sinne zu leiten imstande ist? Diese beiden Erfordernisse wird aber nur ein Gesetz erfüllen, welches von nationalsozialistischen Grundgedanken getragen wird und in seiner Systematik diese folgerichtigem Denken entsprechend durchführt.

Wenn ein Gesetz diesen Anforderungen nicht entspricht, muß auch in dieser Hinsicht an seiner Vervollkommnung gearbeitet werden. Wegen des erzieherischen Wertes des Gesetzeswortes genügt es nicht, daß Wissenschaft und Praxis Grundsätze herausarbeiten, nach denen im Einzelfall brauchbare Entscheidungen gefällt werden können. Damit ein Gesetz unmittelbar erzieherisch wirken kann, muß sich die Entscheidung im Einzelfall mit der zwingenden Kraft folgerichtigen Denkens aus demselben ergeben. Das meint auch Kant, wenn er sagt, ein gutes Gesetz müsse auch für ein Volk von Teufeln passen, wenn sie nur Verstand hätten.

Ob ein Gesetz den oben gestellten Anforderungen entspricht, läßt sich nur bei positivistischer Betrachtungsweise ermitteln. Denn nur bei ihr ist man an die Systematik des Gesetzes und an das Gesetzeswort gebunden. Daher wird man sie auch nie bei einer kritischen Betrachtung eines Gesetzes entbehren können. Hier kommt es darauf an, die Ergebnisse aufzuzeigen, die sich im engsten Anschluß an das Gesetz ergeben. An dem Grad der Brauchbarkeit dieser Ergebnisse für das praktische Leben und der Uebereinstimmung derselben mit der gesamten geistigen Haltung der Zeit zeigt sich dann, ob der Gesetzgeber gesetzestechnisch gute oder schlechte Arbeit geleistet hat, und es muß gegebenen Falles die Forderung auf Ueberarbeitung des Gesetzes erhoben werden, damit es so gestaltet wird, daß es seine erzieherische Funktion erfüllen kann.

Können wir also bei einer kritischen Gesetzesbetrachtung die positivistische Betrachtungsweise nicht entbehren, so hat sie bei der praktischen Gesetzesanwendung völlig zurückzutreten.

Einer älteren Richtung der Rechtswissenschaft, der sogenannten „Begriffsjurisprudenz", galten die rechtswissenschaftlichen Allgemein-

begriffe als die Grundlage der Rechtsnormen, nach denen im Einzelfall die Entscheidung zu erfolgen hat. Diese Richtung glaubte nach den Gesetzen der kognitiven Logik feststellen zu können, was im Einzelfall Rechtens sei.

Es ist vor allem das Verdienst der Tübinger Schule unter Führung von Philipp Heck demgegenüber gezeigt zu haben, daß nicht die begriffliche Dogmatik, sondern die Berücksichtigung der „Lebenswirkung" bei der Fallentscheidung ausschlaggebend sein müsse. Diese Richtung, die unter dem Namen „Interessenjurisprudenz" am bekanntesten ist, zuweilen aber auch „teleologische", „soziologische" oder „realistische Jurisprudenz" genannt wird, hat sich heute allgemein durchgesetzt. Sie beruht letztlich auf dem Gedanken, daß das Recht der Gemeinschaft zu dienen bestimmt ist und daß wahres Recht niemals lebensfern sein kann.

Aus der Anschauung des Lebens und der Lebensbedürfnisse ist unter Abwägung der verschiedenen Interessenlagen festzustellen, was Rechtens ist. In der Interessenabwägung aber ist der Richter nicht frei, sondern an das Gesetz gebunden: die Freirechtslehre muß abgelehnt werden! denn es geht mit Rücksicht auf die für ein geordnetes Gemeinschaftsleben notwendige Rechtssicherheit nicht an, daß sich der Richter über die im Gesetz enthaltenen Interessenabwägungen hinwegsetzt, und nur die Bindung des Richters an das Gesetz entspricht den Grundsätzen des nationalen Führerstaates.

Wegen der Fülle des Lebens ist es dem Gesetzgeber unmöglich, für jeden Einzelfall die Entscheidung unmittelbar zu geben. Immer wieder wird der Richter in die Lage kommen, weil er eine fertige Gesetzesnorm für seinen Fall nicht vorfindet, sich erst eine Norm für die Entscheidung im Einzelfall bilden zu müssen. Diese Entscheidungsnorm kann nach moderner Auffassung nicht mehr in positivistischer begriffsjuristischer Weise, sondern nur im Wege der Interessenjurisprudenz gefunden werden. Der moderne Gesetzgeber erwartet, wie Philipp Heck sagt, „nicht buchstäblichen, sondern interessenmäßigen Gehorsam."

Die Lebensbrauchbarkeit ist das wichtigste Erfordernis, welches eine praktische Entscheidung erfüllen muß. Der praktische Jurist hat sich daher von Gesetzeswortlaut und Gesetzessystematik zu lösen und aus den Grundgedanken des Gesetzes, indem er den Grundsätzen der von dem Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung folgt, zu entscheiden, wenn anders er zu Ergebnissen käme, die mit der Zeitauffassung und dem Leben nicht in Einklang stünden

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es nicht, für den Einzelfall brauchbare Ergebnisse zu ermitteln, sondern an Hand der Frage nach den personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteilen des Arbeitsverhältnisses nach dem AOG soll das Gesetz vom 20. 1. 1954 einmal darauf geprüft werden, ob wir wirklich auf die Dauer mit ihm in seiner heutigen Gestalt zufrieden sein können. Wie hierbei vorzugehen ist, kann nach dem bisher Gesagten nicht zweifelhaft sein.

Erstes Kapitel.

Begriffliche Klarstellung.

I. *Das Arbeitsverhältnis als organische Zusammenfassung der Beziehungen, in denen sich der in einem Betriebe abhängige Arbeit leistende Mensch befindet.*

Wenn § 1 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit sagt: „Im Betrieb arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat", so setzt er das Bestehen von Einzelarbeitsverhältnissen voraus. Wie der Organismus die Zellen zu seinem Aufbau benötigt, so hat der Betrieb das Bestehen von Einzelarbeitsverhältnissen zur notwendigen Voraussetzung. Denn ein Betrieb ist durch die Zusammenarbeit mehrerer bedingt. Arbeiten aber mehrere zusammen, dann müssen zwischen ihnen Beziehungen bestimmter Art bestehen.

Ein in einem Unternehmen Beschäftigter tritt in Beziehungen 1. zum Unternehmer, 2. zum Führer des Betriebes und den übrigen Arbeitskameraden, womit seine Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft vollzogen ist; 3. kraft seiner Einreihung in die arbeitende Volksgemeinschaft auch zum Staat. Die organische Zusammenfassung dieser Beziehungen wird als Arbeitsverhältnis bezeichnet, wenn der Beschäftigte auf privatrechtlicher Basis abhängige Arbeit leistet und zwar ohne Rücksicht auf ein ohnehin bestehendes Abhängigkeitsverhältnis.

Dies bedarf der näheren Ausführung.

Die Arbeit muß zunächst auf privatrechtlicher Basis geleistet werden, d. h. Unternehmer und Arbeiter müssen sich bei Eingehung[1]) des Arbeitsverhältnisses als juristisch Gleichberechtigte, als Rechtssubjekte gleicher Qualität gegenübertreten. Aus diesem Grunde ist das Verhältnis zwischen Staat und Beamten kein Arbeitsverhältnis.

Es muß sich weiter um abhängige Arbeit handeln, die ohne Rücksicht auf ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis geleistet wird: das heißt, die Abhängigkeit, das Unterworfensein des Arbeitenden unter fremde Gewalt, muß auf dem Verhältnis zwischen Unternehmer und Führer auf der einen und dem Beschäftigten auf der anderen Seite als solchem beruhen. Wird die Arbeit auf Grund einer familienrechtlichen mitgliedschaftlichen oder öffentlich-rechtlichen Verpflichtung geleistet, so liegt kein Arbeitsverhältnis vor[2]).

---

1) Daß später eine Ueber- und Unterordnung, kraft deren der Beschäftigte fremdem Willen unterworfen ist, besteht, ist gleichgültig.

2) Jacobi: Grundlehren S. 55 ff.; Sinzheimer: Grundzüge S. 21; Lutz Richter Gundverhältnisse S. 5.

II. *Die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft beruht auf der Arbeit im Betriebe.*

Dieser Begriff des Arbeitsverhältnisses gibt die Umschreibung eines tatsächlichen Zustandes, mag er nun auf einem Vertrage beruhen oder nicht. Im Schrifttum zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG), insbesondere den Kommentaren von Dersch, Mansfeld-Pohl, Hueck-Nipperdey-Dietz[3]) wird nun behauptet, lediglich bei Vorhandensein eines Arbeitsvertrages könne von einem Arbeitsverhältnis gesprochen werden, auf das sich die Betriebsgemeinschaft gründe. Durch den Abschluß eines Arbeitsvertrages sei die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft bedingt.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Schon im früheren Recht war in den letzten Jahren mehr und mehr der Gedanke zum Durchbruch gekommen, daß bei Beurteilung bestimmter Beziehungen als Arbeitsverhältnis es weniger darauf ankommen könne, wie diese entstanden sind, sondern daß der tatsächlich vorhandene Zustand ausschlaggebend sein müsse. Dies entsprach ganz dem Bestreben der Rechtswissenschaft, sich vom abstrakten Begriffe dem konkreten Lebensverhältnis zuzuwenden, das ja durch das Recht Form und Gestalt erhalten sollte. So leugnen nicht nur Molitor und Potthoff[4]), wie der Kommentar von Hueck-Nipperdey-Dietz Anmerkung 17 zu § 1 meint, die Notwendigkeit eines Arbeitsvertrages, vielmehr stehen auf dem gleichen Standpunkt u. a. auch noch Jacobi, Mainzer, Oppermann, L. Richter, Schwenk, Silberschmidt und Sinzheimer[5]).

Bei allen kommt mehr oder weniger klar zum Ausdruck, daß die tatsächliche Einordnung in den Betrieb eines anderen das Wesentliche ist, weil durch sie ein Gewaltverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem Betriebsinhaber entstehe, beruhend auf der Tatsache, daß der Betriebsinhaber als solcher die Zwecksetzung des Betriebes bestimmt und der Beschäftigte, dadurch, daß er die Arbeit in dem Betriebe übernehme, sich dieser Zweckbestimmung unterwirft[6]).

---

3) Dersch S. 28; Mansfeld-Pohl S. 85; Hueck-Wipperdey-Dietz Anm. 17 zu § 1, Vorbem. vor § 26 I 1.

4) Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb in Arb. z. Hand.-Gew. u. Land.-Recht Nr. 53 S. 11 ff.; Potthoff: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 5. Heft S. 58 ff.

5) Jacobi: Grundlehren S. 55, 58, 60; Mainzer: Betrieb und Betriebszugehörigkeit. Schriften des Inst. f. Arbr. a. d. Univers. Leipzig, 31. Heft S. 71; Oppermann: Der Rechtsbegriff des Arbeitsverhältnisses in Arbeitsrecht Zeitschr. f. d. gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, 8. Jahrg., Sp. 38; L. Richter: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, Schriften des Inst. f. Arbr. a. d. Univers. Leipzig, 3. Heft S, 23; Schwenk: Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleisteten Dienste? S. 31; Silberschmidt: Das deutsche Arbeitsrecht I S. 54, 338; Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts S. 140.

6) Statt Vieler Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb, S. 14.

Da es sich zunächst um ein rein tatsächliches Verhältnis handelt, wird mit Recht zur Einordnung ein rechtsgeschäftlicher Wille nicht gefordert, vielmehr der tatsächliche Wille für ausreichend erklärt[7]).

Aus diesem Gewaltverhältnis fließt die Befehlsgewalt des Betriebsinhabers und die Gehorsamspflicht des Beschäftigten, wobei Befehlsgewalt und Gehorsamspflicht mehr bedeuten, als die bloß schuldrechtlich begründete Forderung und Pflicht zur Befolgung von Anweisungen, was Molitor scharf herausarbeitet[8]). Zugleich weist er darauf hin, daß nur auf dem Gewaltverhältnis die besondere Verantwortungspflicht beruht. Das Unterworfensein unter die Gewalt des Betriebsinhabers allein erklärt auch zwanglos den Eigentumserwerb des Betriebsinhabers an dem Arbeitsprodukt eines im Betriebe ohne Arbeitsvertrag Beschäftigten[9]).

Mit Recht stellen die oben Zitierten auf die tatsächliche Einordnung in den Betrieb eines anderen ab, da der Arbeitsvertrag mehr und mehr an Bedeutung für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses verlor. Gerade bei Großbetrieben hatte er in vielen Fällen nur noch die Bedeutung, das Arbeitsverhältnis zu begründen, dessen Inhalt aber wurde durch Gesetz, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen bestimmt[10]).

Die Anschauung, daß die Tatsache des Beschäftigtseins und nicht das Bestehen eines Arbeitsvertrages ausschlaggebend sein müsse, hatte für das Sozialversicherungs- und Arbeitnehmerschutzrecht übrigens allgemeine Geltung erlangt[11]). Hier war es schlechterdings unmöglich, die tatsächlichen Verhältnisse unbeachtet zu lassen, wollte man nicht einen Teil von Arbeitern und Angestellten ohne Schutz und Hilfe lassen, nur weil ein Arbeitsvertrag im eigentlichen Sinne nicht abgeschlossen oder derselbe nichtig war oder auch, weil lediglich ein mittelbares Arbeitsverhältnis bestand.

Hatte das Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag, das Beschäftigungsverhältnis, für das alte Recht schon eine so weitgehende Anerkennung gefunden, so muß es befremdlich erscheinen, wenn die bekanntesten Kommentare zum AOG für die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft ein auf Vertrag beruhendes Arbeitsverhältnis fordern. Weder der Wortlaut noch der Sinn des Gesetzes können diese Ansicht stüt-

---

7) Molitor, a. a.O.; siehe auch Schwenk, a. a. O. S. 31. Sinzheimer, a. a. O. S. 146, der das Gewaltverhältnis mit dem Besitzverhältnis vergleicht.

8) a. a. O. S. 15.

9) Sinzheimer: a. t. O. S. 151 ff.

10) Potthoff: Arbeitsvertag, Zwangsgesetz, Tarifsatzung. Arbeitsrecht IX S. 427; Hueck Iherings Jahrbücher 74 S. 365. Daß die rechtliche Möglichkeit bestand, die Arbeitsbedingung in gewissen Fällen auch ausgiebiger im Arbeitsvertrag zu regeln, kann Hueck ruhig zugegeben werden, denn es ändert an der Tatsache, daß sich allenthalben das Bestreben zeigte, dem Arbeitsvertrag in immer stärkerem Maße seine Bedeutung für die inhaltliche Regelung des Arbeitsverhältnisses zu nehmen.

11) Statt Vieler Jacobi: Grundlehren S. 61 mit Zitaten; Mainzer: Betrieb und Betriebszugehörigkeit S. 63/64 mit Zitaten; RG 66, 45.

zen. § 1 des Gesetzes sagt: „Im Betrieb arbeiten die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft." Aus diesen Worten entnimmt der unbefangene Leser, daß die Zusammenarbeit im Betriebe die Grundlage für die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft ist, und daß es der Gesetzgeber dahingestellt hat sein lassen, wie es zu der gemeinsamen Arbeit kommt. An anderer Stelle z. B. §§ 5, 7, 20, 26, 28 usw[12]) spricht das Gesetz ausdrücklich von Beschäftigten, wodurch zum Ausdruck gebracht ist, daß die Tatsache der Beschäftigung im Betriebe allein für die Anwendung der jeweiligen Vorschriften genügt[13]).

Ist mithin schon nach dem Wortlaut des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit für die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft ein Arbeitsvertrag nicht notwendig vorausgesetzt, so wird bei dem Eingehen auf den Sinn des Gesetzes vollends klar, daß dem Arbeitsvertrag keineswegs die Bedeutung einer conditio sine qua non zukommen kann. daß vielmehr das tatsächliche Arbeiten im Betriebe ausschlaggebend für die Gefolgschaftszugehörigkeit ist. Der Arbeitsvertrag ist lediglich der regelmäßige Weg, auf dem es zur Arbeit im Betriebe kommt.

Schon der Name des Gesetzes „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit" läßt deutlich erkennen, was das Ziel des Gesetzes ist. Das Arbeitsleben[14]) soll in eine bestimmte Ordnung gebracht werden. Das Arbeitsleben ist aber nicht der Arbeitsvertrag, ihn könnte man einfach durch ein Arbeitsvertragsgesetz regeln. Das Arbeitsleben umfaßt viel mehr. Es ist alle menschliche Betätigung, die als Existenzgrundlage für Individuum und Gemeinschaft dient. Ob diese Betätigung sich im Rahmen des Arbeitsvertrages abspielt muß gleichgültig sein, der arbeitende Mensch ist die Hauptsache. Die Arbeitsbetätigung als solche soll durch das Gesetz eine bestimmte Ordnung erhalten, zu Nutz und Frommen der Nation.

Der Arbeit eine Ordnung geben heißt einen Lebenstatbestand ordnen, heißt Regeln aufstellen, nach denen sich ein Stück tatsächlichen Geschehens vollziehen soll. Für diese Regeln muß es gleichgültig sein, wie es zu dem Geschehen kommt. Es muß alles Geschehen, das sich als Geschehen des Arbeitslebens darstellt, der Ordnung unterworfen sein, damit von einer Ordnung des Arbeitslebens gesprochen werden kann. Dies allein entspricht auch der Aufgabe wirklichen Rechts: den Lebensverhältnissen Ordnung und Form zu geben. Dieses Ziel sucht

---

12) Es handelt sich durchweg um wichtige Vorschriften.

13) Für die Anwendung des § 56 AOG ist allerdings neben der einjährigen Beschäftigung ein gültiger Arbeitsvertrag vorausgesetzt, denn nur ein solcher kann gekündigt werden. Ob der Betrieb die erforderliche Größe hat, ist lediglich nach der Zahl der tatsächlich Beschäftigten festzustellen. Es wird niemanden einfallen, den Kündigungsschutz zu versagen, wenn unter den 10 Beschäftigten sich einer befindet, mit dem ein gültiger Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen ist.

14) Das heißt das Arbeitsleben in den Privatbetrieben. Die Arbeit in öffentlichen Betrieben hat im Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben seine Regelung gefunden.

das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit im Gegensatz zum früheren Recht, welches auf dem Gedanken der natürlichen Gegnerschaft von Arbeitgeber und Arbeitnehmer beruhte, für sein Gebiet auf dem Wege der Betriebsgemeinschaft zu erreichen. Das heißt, es geht davon aus, daß der Unternehmer als Führer und die Arbeiter und Angestellten im Betriebe in höherem Streben zusammenwirken. Durch die gemeinsame Tätigkeit zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat[15]) wird um die im Betrieb arbeitenden Menschen das Band der Betriebsgemeinschaft gelegt. Nur auf der gemeinsamen Arbeit im Betriebe beruht die Betriebsgemeinschaft: Durch den Arbeitsvertrag als solchen wird sie nicht begründet! Dies zeigt sich besonders klar, wenn Unternehmer und Führer des Betriebes, weil dem ersteren die Fähigkeit Führer des Betriebes zu sein aberkannt wurde, verschiedene Personen sind. Auch in diesem Falle wird der Arbeitsvertrag in der Person des Unternehmers abgeschlossen[16]). Aber mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages ist die Einreihung in die Betriebsgemeinschaft noch nicht vollzogen, denn es fehlt noch die Tatsache der Zusammenarbeit. Die Tatsache der Zusammenarbeit aber mit wem? Mit dem Führer des Betriebes, der eine ganz andere Person als der Vertragsgegner sein kann, und den übrigen Arbeitskameraden.

Zugleich mit der Einreihung in die Betriebsgemeinschaft ist aber auch eigentlich erst der Tatbestand hergestellt, der im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit seine Regelung finden soll[17]). Besteht zwischen zwei Personen ein Vertrag auf Grund dessen die eine der anderen zur Arbeitsleistung erst in einem Jahre verpflichtet ist, so ist das für das menschliche Zusammenleben fast bedeutungslos, während der Zustand, in dem jemand in einem Betrieb tatsächlich Arbeit leistet, für die Volksgemeinschaft wegen der mannigfaltigen Beziehungen, in die ein solcher Arbeiter zu seiner Umwelt tritt, von größter Bedeutung ist. An diesen tatsächlichen Beziehungen kann das Recht nicht einfach vorübergehen, sie verlangen eine rechtliche Regelung. Diese Regelung wird im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit gegeben, indem es alle, die in einem Betrieb arbeiten, in der Betriebsgemeinschaft zusammenfaßt und von diesem Grundgedanken ausgehend, das Arbeitsleben ordnet.

Ist aber die Betriebsgemeinschaft auf die Tatsache der Zusammenarbeit gegründet, dann kann für die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft,

---

15) § 1 AOG.
16) Siehe unten S. 27.
17) Daß das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit sich auch mit dem Arbeitsvertrag befaßt, ist verständlich, da es das Vorhandensein eines Arbeitsvertrages als Regel des tägl. Lebens annimmt, was zur Folge hat, daß darüber gewacht werden muß, daß der Einzelarbeitsvertrag dem Sinne des AOG. nicht widerspricht. Hieraus erklärt sich z. B. die Vorschrift des § 32 AOG, die man häufig als Beweis dafür, daß das Gesetz von der Notwendigkeit des Arbeitsvertrages ausgehe, angeführt findet.

also dafür, ob jemand Mitglied dieser Gemeinschaft ist, nicht ausschlaggebend sein, ob er in einem Vertragsverhältnis zu einer Person steht, die nicht einmal notwendig Mitglied der Betriebsgemeinschaft sein muß[18]).

Dietz meint nun in Hueck-Nipperdey-Dietz § 1 Anm. 17 der Arbeitsvertrag sei prinzipiell die Grundlage der Betriebsgemeinschaft; und hätte das Gesetz den Arbeitsvertrag beseitigen wollen, dann hätte dies im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen. Soweit das heißen soll, daß es in der Regel auf Grund eines Arbeitsvertrages zur Arbeit im Betriebe kommt, ist hiergegen nichts einzuwenden. Soll das aber heißen, daß von einer Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft in der Regel nur dann gesprochen werden kann, wenn ein Arbeitsvertrag vorliegt, so kann dem nicht zugestimmt werden. Ist denn nicht aus dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch genügend klar aus seinem Zweck und seiner ganzen Anlage zu entnehmen, daß es den Arbeitsvertrag keineswegs als unumgängliche Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ansieht? Richtig ist lediglich, daß das AOG den Arbeitsvertrag nicht abgeschafft hat, vielmehr mit seinem Vorhandensein rechnet, ohne ihn allerdings zur unentbehrlichen Grundlage der Betriebsgemeinschaft zu machen

Dietz weist zur Stützung seiner Ansicht am angegebenen Orte auf Joerges Arb.R.-Volkstum 1934 Sp. 105 ff. hin. An dieser Stelle läßt Joerges das tatsächliche Arbeitsverhältnis völlig dahingestellt sein. An anderer Stelle Arb.R.-Volkstum 1934 Sp. 42—43 dagegen gibt er die Möglichkeit zu, daß das Arbeitsverhältnis durch tatsächliche Beschäftigung begründet werden kann. Auch L. Richter, auf den sich Dietz ebenfalls beruft, gibt in seinem Aufsatz Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz, Soz. Prax. 1934 Sp. 249 ff. die Möglichkeit zu, daß das Arbeitsverhältnis auf tatsächlichem Arbeiten beruhen kann, wenn er in Sp. 252 vom Arbeitsvertrag und seinen Ersatzeinrichtungen, unter denen er obrigkeitliche Gestaltungsakte und tatsächliches Arbeiten versteht, spricht.

Joerges und L. Richter sehen also im Arbeitsvertrag keine absolut notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen eines für das AOG erheblichen Arbeitsverhältnisses. Auch nach ihrer Ansicht kann der Arbeitsvertrag ruhig fehlen Die Einordnung in den Betrieb aber, die durch die Beschäftigung im Betriebe vollzogen wird, ist für die An-

---

18) Wie hier, wenn auch mit etwas anderer Begründung Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit S. 23. Weigelt, den der Kommentar von Hueck-Nipperdey-Dietz ebenfalls als Anhänger der hier vertretenen Ansicht nennt, sagt in dem zitierten Aufsatz nichts darüber, ob die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft auch durch tatsächliches Arbeiten im Betriebe begründet wird. Er befaßt sich vielmehr mit der Inhalts- und Strukturänderung des Arbeitsvertrages, die so weit gehe, daß von einem Arbeitsvertrag nicht mehr gesprochen werden könne. An seine Stelle sei ein „sozialrechtliches Personenverhältnis" getreten.

wendung aller Bestimmungen, die sich mit den innerbetrieblichen Verhältnissen befassen, unerläßliche Voraussetzung. Fehlt sie, so können diese Bestimmungen des AOG keine Anwendung finden, wie das schon oben erwähnte Beispiel zeigt, in dem zwar ein Arbeitsvertrag abgeschlossen ist, die Arbeit aber erst nach einem Jahre angetreten zu werden braucht.

Dietz selbst erkennt übrigens in Anmerkung 2 zu § 1 die gemeinsame Arbeit im Betriebe als die Grundlage des Arbeitsrechts an!

Im Kommentar von Mansfeld-Pohl wird S. 89 richtig bemerkt, daß das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit sich mit der Ordnung der Betriebsgemeinschaft befasse, aber nichts darüber sagt, wie diese zustande kommt. Man verschließt sich dann aber der Erkenntnis, daß die Betriebsgemeinschaft ein Ausschnitt aus dem menschlichen Zusammenleben darstellt, der geordnet werden soll, sondern verschiebt das Problem und fragt, ob auch wirklich alle, die soziologisch zu der Betriebsgemeinschaft gehören, ihr auch juristisch eingeordnet werden können[19]). Hierin zeigt sich eine Verkennung von Sinn und Zweck des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, die eigentlich nur aus begriffsjuristischem Denken heraus zu verstehen ist. Darüber, daß aus § 32 AOG. in welchem dem Treuhänder die Befugnis zur Festsetzung von Richtlinien für den Abschluß von Einzelarbeitsverträgen eingeräumt ist, nicht auf die Notwendigkeit des Arbeitsvertrages geschlossen werden kann, vgl. Anm. 17, wo auch die Bedeutung dieser Vorschrift erörtert ist. Nicht einmal der Wortlaut spricht für die in dem Kommentar von Mansfeld-Pohl vertretene Ansicht, denn der Paragraph verwendet nicht den bestimmten, sondern den unbestimmten Artikel.

Damit schließlich, daß man hofft, daß in den Fällen, in denen ein Arbeitsvertrag nicht besteht, auch ohne die grundsätzliche Anerkennung eines Beschäftigungsverhältnisses aus dem Sinne des Gesetzes sich die zutreffende Lösung finden lasse, die zu dem Ergebnis führen könne, daß von der Regel der Notwendigkeit eines Arbeitsvertrages abgesehen werden kann, und die Eingliederung in die Gefolgschaft auf tatsächlicher Grundlage vollzogen sei, gibt man, wenn auch nur zögernd, zu, daß der Arbeitsvertrag eben doch nicht das für die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft ausschlaggebende Moment ist.

Vertragslose Beschäftigungsverhältnisse begründen zwar nach Dersch § 1 Anm. 7 c Komm. keine Zugehörigkeit zur Gefolgschaft. In § 26 Anm. 4 c a. a. O. aber lesen wir, daß auch vertragslose Beschäftigungsverhältnisse der Betriebsordnung unterworfen werden können, wie sich aus den Worten „für die Gefolgschaft" in § 26 und für die „Betriebsangehörigen" in § 30 AOG ergebe. Dersch hat also bei § 26 seine zu

19) A. a. O., S. 90 heißt es: „Die Rechtswirkung, daß der eintretende Arbeiter oder Angestellte in die Betriebsgemeinschaft eintritt .... geht auf keine andere Rechtsgrundlage zurück, als auf den Arbeitsvertrag."

§ 1 vertretene Ansicht geändert, denn er rechnet nunmehr die vertragslos Beschäftigten zu den Betriebsanghörigen und zur Gefolgschaft.

Nach alledem kann man sich wohl nicht gut der Ansicht der führenden Kommentare zum AOG anschließen Es ist vielmehr an der oben vertretenen Auffassung festzuhalten, daß für die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft die tatsächliche Einordnung in den Betrieb maßgeblich ist. „Rechtsverhältnisse ziehen nicht nur durch ihr rechtliches, sondern auch schon durch ihr tatsächliches Bestehen Folgen nach sich“[20]), ist doch ein Rechtsverhältnis nichts weiter als ein rechtlich erhebliches Lebensverhältnis. So führt denn auch J. Kohler[21]) schon die Treupflicht auf der einen und die Pflicht auf menschenwürdige Diensteinrichtungen auf der anderen Seite — heute mit die wichtigsten Pflichten, die sich aus der Betriebsgemeinschaft ergeben — darauf zurück, daß es zur tatsächlichen Leistung von Arbeit kommt.

Gewiß entspricht es der Regel des Lebens, daß dem tatsächlichen Arbeitsverhältnis ein Arbeitsvertrag zugrunde liegt. Auch wird der Gesetzgeber in erster Linie an diese Fälle gedacht haben. Hieraus aber zu folgern, weil der Gesetzgeber die Regelfälle des Lebens vor Augen habe, müsse die Notwendigkeit eines Arbeitsvertrages bejaht werden, ist nicht angängig. Denn gerade in den Fällen, die man gerne als die aus dem Rahmen des Gesetzes fallenden Ausnahmen bezeichnet, zeigt sich wirklich der Rahmen und der Aufbau des Gesetzes. Sie sind der Prüfstein für das Wesen der Gesetzesnormen. Wer wird z. B. einem Minderjährigen von 20 Jahren, der sich ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters verdungen hat, nicht zur Gefolgschaft rechnen? Er gehört zur Gefolgschaft, da § 1 AOG lediglich von der tatsächlichen Arbeit im Betriebe ausgeht.

Waren diese Ausführungen für die begriffliche Klarstellung und die Festlegung des wissenschaftlichen Ausgangspunktes notwendig, so ist bei den folgenden Untersuchungen über das Wesen des Arbeitsverhältnisses von dem die Regel bildenden, also dem auf Vertrag beruhenden Arbeitsverhältnis auszugehen.

---

20) J. Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Bd. S. 349.
21) J. Kohler: a. a. O. S. 350.

Zweites Kapitel.

Das Arbeitsverhältnis in der Auffassung der letzten 100 Jahre.

Die in den letzten 100 Jahren vertretenen Auffassungen über den Arbeitsvertrag und das Arbeitsverhältnis lassen sich in drei Gruppen teilen. Man sah das Arbeitsverhältnis 1. als vermögensrechtliches, 2. als vermögensrechtliches und personenrechtliches und 3. als personenrechtliches Verhältnis an. Die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als vermögensrechtliches Verhältnis wurde verschieden begründet. Die einen sahen im Arbeitsvertrag[1]) einen Kauf, die anderen eine besondere Art der Miete und wieder andere einen schuldrechtlichen Vertrag sui generis. Diejenigen, die im Arbeitsverhältnis ein gemischt vermögens- und personenrechtliches Verhältnis sehen, räumen den vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Elementen keineswegs gleichen Rang ein. Bei mehr oder weniger starker Betonung des personenrechtlichen Elementes bleibt doch das vermögensrechtliche ausschlaggebend.

I. *Das Arbeitsverhältnis als vermögensrechtliches Verhältnis.*

In dem zu betrachtenden Zeitraum ist die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als vermögensrechtliches Verhältnis die älteste. Bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zweifelte niemand an der rein vermögensrechtlichen Struktur des freien Arbeitsvertrages, den man von dem Gesindevertrag wohl unterschied. Das Recht des freien Dienstvertrages und das Gesinderecht beruhten schon nach damaliger Auffassung auf ganz verschiedener Grundlage, was z. B. darin zum Ausdruck kommt, daß das preußische Gesinderecht polizeiliche Zwangsmittel zum Antritt und Ausharren in dem angetretenen Dienste kennt. In dem Gesinderecht hatte sich die personenrechtliche Grundlage erhalten; hier nahm man eine persönliche Unterordnung unter den Dienstherrn beruhend auf der Einordnung in die Hausgemeinschaft an.

a) Das Arbeitsverhältnis als Kauf.

Ganz anders beurteilte man den Dienstvertrag, den ein gewerblicher Arbeiter einging. Der Grundauffassung des Kapitalismus entsprechend wurde der Arbeitsvertrag als Kauf und Verkauf der Arbeitskraft an-

1) Der Begriff Arbeitsvertrag ist neueren Datums. Die älteren Schriftsteller kennen nur den Begriff „Dienstvertrag". Was sie aber über diesen sagen, hat im allgemeinen auch für den Arbeitsvertrag zu gelten.

gesehen. Es erweist sich dies wie Lotmar[2]) sagt, als der „adäquate Ausdruck realer Verhältnisse." Kennzeichnet sich die Ware dadurch, daß sie nicht unmittelbar für den Verbrauch ihres Erzeugers bestimmt ist, sondern ihre ausschließliche Funktion darin besteht, im Umsatz verwertet zu werden, so konnte man in der Entwicklungsstufe des Wirtschaftslebens, die wir als die kapitalistische bezeichnen, in der Tat zu der Ansicht gelangen, daß der Arbeitsvertrag als Kauf und Verkauf der Arbeit oder Arbeitskraft[3]) anzusehen sei. Denn nur solange der Besitzer der Arbeitskraft sich auch im Besitz der übrigen Produktionsmittel befindet, ist er in der Lage, seine Arbeitskraft unmittelbar zu verwerten, indem er Waren produziert. Der Entwicklungsstufe des Kapitalismus entspricht es aber, daß die große Masse der Arbeiter nichts weiter als ihre Arbeitskraft besitzt. Lediglich dadurch, daß sie für andere arbeitet, kann sie diese noch verwerten. Für den labouring poor verliert die Arbeitskraft ihren unmittelbaren Gebrauchswert und wird zur Ware, deren Wert sich nach Angebot und Nachfrage bestimmt.

Diese Auffassung wurde zunächst von der Nationalökonomie vertreten. So lesen wir denn bei Ricardo[4]) „Arbeit hat wie alle übrigen Dinge, die man kauft oder verkauft und deren Mengen vermehrt oder vermindert werden können, ihren natürlichen und ihren Marktpreis." Auch Karl Marx faßt die Arbeit als Ware auf und spricht von Kauf und Verkauf der Arbeitskraft. Ja, die Auffassung, daß die Arbeitskraft Gegenstand eines Kaufes ist, gehört zu den Fundamenten seiner Lehre. Seine Verelendungstheorie wäre ohne diesen Ausgangspunkt nicht denkbar. Wenn auch später mit sittlicher Entrüstung bestritten wurde, daß die Arbeit eine Ware sei, so hielten die Nationalökonomen doch an ihrer Auffassung fest und betonten lediglich, daß die Arbeit eine Ware besonderer Art sei, die wichtige Sonderheiten besitze, durch die sie sich von anderen Waren unterscheide. Man konnte sich der elementaren Erkenntnis nicht verschließen, daß eine unlösbare Verbindung der Arbeit mit der Person ihres „Verkäufers" besteht[5]).

Die Rechtswissenschaft konnte von dieser nationalökonomischen Auffassung nicht unberührt bleiben, und besonders in den Lehrbüchern des Handelsrechts finden wir die Auffassung vertreten, daß die Arbeit eine Ware im weiteren Sinne, mithin Gegenstand des Handelsverkehrs sei. Wilhelm Endemann zählt in seinem 1868 erschienenen Buche „Das deutsche Handelsrecht" als Objekte des Handelsverkehrs u. a. neben Sachen oder Waren im gewöhnlichen Sinne die Arbeit auf. Ihm folgt Goldschmidt in seinem Handbuch des Handelsrechts I. Bd.

---

2) Lotmar: Der Arbeitsvertrag I S. 44.

3) Manche sprechen von Verkauf der Arbeitskraft, andere von Kauf der Arbeit, wobei sie unter Arbeit die Nutzung der Arbeitskraft verstehen. Einheitlich kennzeichnen sie aber den Vertrag zwischen Unternehmer und Arbeiter als Kauf.

4) Ricardo: Grundsätze der Volkswirtschaft und Besteuerung S. 81.

5) Brentano: Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht S. 182 ff.

2. Abteilung, 1868 indem er S. 526 Anm. 3 auf Endemann verweist. In dem 1882 erschienenen II. Bd. seines „Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts" bringt W. Endemann einen Abschnitt über die Arbeit. Es ist dies insofern bemerkenswert, als das 2. Buch die Objekte des Handelsverkehrs behandelt. Auch schreibt er S. 373: „Die Arbeit ist unstreitig ebensosehr ein Wirtschaftsgut als das Sachengut. Sie hat ihren Wert. Dies drückt sich in der Tatsache aus, daß die Arbeit ihren Preis findet. Ihres Wertes wegen wird sie bezahlt." Endemann sieht also auch hier die Arbeit als Ware an. Tönnies weist im Archiv für öffentliches Recht X S. 133 auf die in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts im Anschluß an die Nationalökonomie auch in Juristenkreisen sich einbürgernde Auffassung des Arbeitsvertrags als Kaufvertrag hin. Er selbst schließt sich ihr für die Fälle an, in denen nach dem Willen der Beteiligten ein „echtes" Dienstverhältnis, das für Tönnies notwendig ein gegenseitiges Verhältnis mit Gehorsams- auf der einen und Schutzpflicht auf der anderen Seite bedingt, nicht gewollt ist. Zu diesen Fällen rechnet er aber besonders die Arbeitsverträge der gewerblichen Arbeiter. Diese Arbeitsverträge widersprechen nach Tönnies ihrem ganzen Wesen nach einem besonderen gegenseitigen Verhältnis.

b) Das Arbeitsverhältnis als Miete.

War die Auffassung des Arbeitsvertrages als Kauf der Rechtswissenschaft mithin nicht fremd, so überwog doch die Ansicht derer, die ihn als besondere Art der Miete ansahen. Diese Ansicht hatte sich im Anschluß an das römische Recht entwickelt, das den Dienstvertrag als locatio conductio operarum, als eine besondere Art der locatio conductio bezeichnete und behandelte. In der gesamten Pandektenliteratur wird der Dienstvertrag neben die Sachmiete gestellt. So handelt Dernburg den Dienstvertrag unter dem Oberbegriff Mietvertrag. Die Mietverträge sind nach Dernburg dadurch gekennzeichnet, daß wir unsere Sachen oder Arbeitskräfte auf Zeit einem anderen gegen Entgelt zur Verfügung stellen[6]). Auch Keller[7]) lehnt die Auffassung des Dienstvertrages als Kauf entschieden ab, da der freie Mensch nicht Gegenstand eines Kaufes[8]), wohl aber einer Miete sein könne. Seinem ganzen Sein nach könne der Mensch nicht Objekt von Rechten werden. Wohl aber könne er den Gebrauch seiner Arbeitskräfte in begrenzter Weise der Verfügung eines anderen überlassen. Wie der Vermieter bei der Sachmiete dem Mieter den Gebrauch einer Sache gewähre, so gewähre er bei der Dienstmiete den Gebrauch von Arbeitskräften[9]).

---

6) Dernburg: Pandekten II. Bd. S. 287.
7) Keller: Pandekten S. 633.
8) Keller erkennt also durchaus die Untrennbarkeit der Arbeitskraft von ihrem Träger.
9) Keller: a. a. O. S. 640.

Die auch im Volke[10]) weit verbreitete Auffassung, daß der Dienstvertrag als Miete der Arbeitskraft anzusehen sei, hat sich bis ins 20. Jahrhundert erhalten. Die 9. Auflage des bekannten Lehrbuchs der Pandekten von Windscheidt, die Theodor Kipp 1906 unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts herausbrachte, enthält noch im II. Bd. auf S. 717 wie ein Dogma folgende Sätze. „Die Miete ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Der Vermieter sagt dem Mieter den Gebrauch einer Sache oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner) Arbeitskraft zu, der Mieter verspricht dafür dem Vermieter Geld." Auch Schollmeyer[11]) sieht den Dienstvertrag noch als eine besondere Art der Miete an, auch nach ihm ist Gegenstand der Miete auch die fremde Arbeitskraft.

c) Das Arbeitsverhältnis als Verhältnis sui generis.

Die Systematik des BGB stellt unter dem Einfluß Ottos von Gierke den Dienstvertrag als selbständigen Vertragstyp neben die Miete. Hieran konnte die Rechtswissenschaft nicht achtlos vorübergehen, zumal schon partikulare Gesetze, insbesondere das preußische Allgemeine Landrecht[12]), den Begriff der Dienstmiete überwunden hatten. Ein Beispiel dafür wie durch den Erlaß des BGB die Ansichten ins Schwanken gerieten, gibt Kuhlenbeck in seinem Buche „Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch." Er spricht sowohl S. 48 als auch S. 78 noch von Dienstmiete. Er sieht den Dienstvertrag als einen Unterfall der Vertragsart an, bei der die Nutzung einer Sache, eines Rechts oder einer Arbeitskraft auf Zeit gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird. Es zeigt sich hier die römisch-rechtliche Vorstellung, daß der Dienstvertrag ein Unterfall der Miete ist. S. 284 ff. erkennt Kuhlenbeck den Dienstvertrag als einen Vertrag sui generis, der sich unter die Miete nicht unterordnen lasse. In dem gleichen Buche zeigen sich also nur durch einen Raum von 200 Seiten getrennt zwei ganz verschiedene Auffassungen, was darauf schließen läßt, daß der Verfasser sich genau wie seine Zeit über das Wesen des Dienstvertrages keine eindeutige Vorstellung machte.

Auch F. Endemann, der die Arbeit zwar als ein Verkehrsgut ansah[13]), die Arbeitsleistung jedoch nicht als Gegenstand des Kaufs gelten ließ[14]), erkannte die Vereinbarung einer Arbeitsleistung als eigenartigen Leistungsinhalt an. Ein Vergleich mit der Miete lehnt er als die Rechtsbegriffe verwirrend ab, denn er erkennt, daß die mensch-

10) Grimm: Deutsches Wörterbuch VI. Bd. S. 2178.
11) Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche 2. Aufl.
12) Preuß. ALR I 11 § 869 ff.
13) F. Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. S. 626 Anm. 2.
14) F. Endemann: a. a. O. S. 692 Anm. 3.

liche Arbeitsleistung sich von der Sachnutzung wesentlich unterscheidet. Er begrüßt es als erfreulichen Fortschritt, daß das Gesetz den Dienstvertrag nicht als Dienstmiete behandelt[15]). War diese Ansicht zunächst nicht unbestritten, so erfuhr sie im Laufe der Zeit eine immer weitere Verbreitung und war schließlich bis zum Erlaß des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit die herrschende. Der Dienstvertrag wurde vorwiegend als besonderer schuldrechtlicher Vertragstyp, mithin als dem Vermögensrecht angehörend dargestellt, wobei man vielfach auf die römisch-rechtliche Grundlage hinwies[16]).

II. *Das Arbeitsverhältnis als vermögensrechtliches Verhältnis mit personenrechtlichem Einschlag.*

War zwar die Auffassung des Dienstvertrages als schuldrechtlicher Vertrag die herrschende, so wurde doch immer wieder darauf hingewiesen, daß das abhängige Dienstverhältnis eigentümliche, den übrigen Schuldverhältnissen fremde Elemente enthalte, wie sie wohl im Familienrecht und dem Gesinderecht vorkämen. Man sprach von personenrechtlichen Bestandteilen und wies auf Treu- und Gehorsamspflichten hin. F. Endemann[17]) hatte noch eine unbedingte Gehorsamspflicht als zum Begriff des Dienstvertrages gehörig abgelehnt. Er erklärte die Verpflichtung des Dienstverpflichteten, den Anweisungen des Dienstherrn zu folgen, lediglich aus dem obligatorischen Anspruch auf Bewirkung der versprochenen Leistung, weshalb auch die persönliche Arbeitsleistung weder unmittelbar noch im Wege der Zwangsvollstrekkung durch zivilprozessuale Beugestrafen erzwungen werden könne. Auch ein Treuverhältnis sieht Endemann nicht als dem Dienstvertrag wesenseigentümlich an. Nach seiner Ansicht ist vielmehr für den Einzelfall zu prüfen, ob ein gewisses Treuverhältnis gegeben ist und wenn ja, welchen Inhalt es hat. Endemann steht ganz auf dem Boden der herrschenden Ansicht seiner Zeit, die den Dienstherrn und Dienstverpflichteten in keinerlei persönliche Beziehungen zueinander bringen wollte und die auch im Gesetz ihren Niederschlag gefunden hat, wie der scharfsinnige Hinweis Endemanns auf den Mangel von Zwangsmaßnahmen, wie sie im Gesinderecht gegeben waren, zeigt.

Jedoch schon Kuhlenbeck[18]) vertrat die Ansicht, daß jedes Dienstverhältnis ein zeitweiliges ja nach Art des Dienstvertrags verschiedenes

15) F. Endemann: a. a. O., S. 1078 und Anm. 10 dort.
16) Vgl. die Kommentare zum BGB. von Oertmann 5 b vor § 611; Planck II 1 und VII 1 vor § 611; Staudinger II b vor 611 I 3 c zu § 611; Albrecht: Wörterbuch der Volkswirtschaft III. Bd. S. 579; Enneccerus-Lehmann § 142 Anm. 1 und § 142 IV; Lotmar: Der Arbeitsvertrag II. Bd. S. 858/59; Oertmann: Deutsches Arbeitsrecht S. 14; Silberschmidt: Das deutsche Arbeitsrecht I S. 56 f.
17) F. Endemann: a. a. O. S. 1078.
18) a. a. O. S. 284.

persönliches Abhängigkeitsverhältnis enthält. Auch Dernburg[19]) meinte, daß die echten Dienstverträge eine persönliche Beziehung zwischen Dienstverpflichtetem und Dienstberechtigtem begründen. Er wird wohl von Vorstellungen aus dem Gesinderecht hierbei ausgegangen sein, denn für den Arbeitsvertrag, den Dienstvertrag der gewerblichen Arbeiter, lehnt er ähnlich wie Tönnies[20]) jede persönliche Beziehung ab. „Beim Arbeitsvertrag handelt es sich bloß um Bewirkung vertraglicher Arbeit, der Dienstvertrag begründet eine persönliche Beziehung", sagt er, um den Unterschied zwischen Arbeitsvertrag und Dienstvertrag darzutun. Zu dieser Trennung zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag kann Dernburg nur kommen, weil er, wenn auch vielleicht nur unbewußt von einer Polarität zwischen Arbeiter und Unternehmer ausgeht, also auch ein Kind seiner Zeit ist. Der Arbeitsvertrag ist also nach Dernburg ein rein vermögensrechtlicher Vertrag während der Dienstvertrag auch personenrechtliche Beziehungen begründet.

Crome[21]) dagegen unterscheidet nicht zwischen Arbeits- und Dienstvertrag. Er sieht in jedem Dienstverhältnis ein Schuldverhältnis das auch persönliche Beziehungen zwischen den Beteiligten enthält. Diese persönlichen Beziehungen haben jedoch gegenüber dem vermögensrechtlichen Gesamtcharakter nur eine ganz untergeordnete Bedeutung. Eine gewisse Unterordnung unter den Dienstherrn sei gegeben, der eine bestimmte Fürsorgepflicht des Dienstherrn für den Arbeiter neben der Lohnzahlungspflicht entspringe. Dagegen sei eine allgemeine Treupflicht des Arbeiters nicht anzunehmen.

Besonders in der Arbeitsrechtsliteratur der letzten 20 Jahre wird die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als reines Schuldverhältnis fast gänzlich zugunsten der Ansicht, daß das Arbeitsverhältnis einen personenrechtlichen Einschlag hat, verdrängt. Die wichtigsten Lehrbücher[22]) stehen auf diesem Standpunkt. Diese Ansicht folgert den personenrechtlichen Einschlag aus der eigentümlichen Natur der im Arbeitsvertrag geschuldeten Leistung. Es werde eine Arbeitsleistung geschuldet, die nur durch menschliche Arbeitskraft bewirkt werden könne. Da aber die Arbeitskraft von dem Menschen schlechterdings nicht zu trennen sei, erscheine er unmittelbar selbst als Gegenstand des Schuldverhältnisses. Er habe nicht nur persönlich, sondern auch mit seiner Person zu erfüllen[23]).

Daneben wird auf die geschichtliche Entwicklung hingewiesen. Das BGB habe keineswegs das gemeine Dienstvertragsrecht übernommen.

---

19) Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens II. Bd. 2. Abteilung, S. 446.

20) Vgl. oben S. 15.

21) Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Bd. S. 642.

22) Kaskel: Arbeitsrecht S. 140; Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 102 und S. 104; Jacobi: Grundlehren S. 49 ff. Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht S. 28.

23) Vgl. besonders Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages S. 12 f. Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 104.

Es knüpfte vielmehr an deutschrechtliche Gesichtspunkte an. Nach deutschem Recht aber sei das Dienstverhältnis personenrechtlich gestaltet gewesen und diese personenrechtliche Gestaltung wirke auch im Recht des BGB fort[24]).

Besonders stark betonte Otto von Gierke, auf seine rechtsgeschichtlichen Forschungen gestützt, die personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses. Nach Gierke[25]) ist der heutige Dienstvertrag deutschrechtlichen Ursprungs. Der deutschrechtliche Dienstvertrag wurzele aber im personenrechtlichen Treudienstvertrag, der über die Kommendatio der fränkischen Zeit auf den Vertrag des Gefolgsherrn mit dem Gefolgsmann zurückgehe. Auch heute begründe jeder Dienstvertrag ein persönliches Herrschaftsverhältnis, das in seinem Umfange allerdings verschieden sein könne[26]). Darin aber sei es in allen Fällen gleich, daß der Dienstherr über die Arbeitskraft des Dienstpflichtigen verfügen und dessen Tätigkeit nach seinem Willen leiten könne, und der Dienstverpflichtete zum Gehorsam verpflichtet sei. Eine besonders starke personenrechtliche Gebundenheit liegt nach Gierke[27]) dann vor, wenn der Dienstverpflichtete als dienendes Glied einer herrschaftlichen Gemeinschaft eingefügt ist, wie es u. a. für die gewerblichen Arbeiter zutreffe[28]). Dieser personenrechtlichen Gebundenheit entspringe auch eine personenrechtliche Treupflicht, die über die nach allgemeinen Grundsätzen geschuldete Vertragstreue weit hinausgehe. Im Laufe der Zeit sei der eigentliche Grund des Dienstverhältnisses, die persönliche Unterordnung, zurückgetreten gegenüber dem gegenseitigen Versprechen von Dienstleistung und Vergütung, so daß sich der heutige Dienstvertrag als eigentümlicher Schuldvertrag darstelle, der infolge des personenrechtlichen Inhalts über die rein vermögensrechtlichen Geschäfte emporgehoben sei[29]).

Besonderer Erwähnung bedarf die Ansicht L. Richters[30]). Nach ihm enthält der Arbeitstatbestand vermögensrechtliche und personenrechtliche Elemente. Diese sind jedoch so miteinander verschmolzen, daß etwas völlig Neues, das Arbeitsrecht entsteht, das seinen Platz zwischen Personen- und Vermögensrecht hat. Nur bei einseitiger Betrachtung erscheint der Arbeitstatbestand aufgelöst. Vom Standpunkt des Unternehmers stellt sich das Arbeitsverhältnis als vermögensrechtliches Verhältnis dar, denn dem Unternehmer sind die durch die Umsetzung

---

24) Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht S. 28.
25) O. von Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. III S. 593; ders. Die Wurzeln des Dienstvertrages.
26) O. von Gierke: a. a. O., S. 609.
27) O. von Gierke: a. a. O. S. 610.
28) Vgl. hierzu O. von Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. I § 80 a besonders S. 699.
29) O. von Gierke: a. a. O., Bd. III S. 594; derselbe: Die Wurzeln des Dienstvertrages S. 68.
30) L. Richter: Grundverhältnisse des Arbeitsrechts S. 10.

menschlicher Arbeitskraft gewonnenen Güter letztes Ziel. Betrachtet man das Arbeitsverhältnis vom Standpunkt des Arbeiters, so erscheint es als personenrechtliches Verhältnis, wie L. Richter meint, denn der Arbeiter stelle seine Person einem anderen zur Verfügung.

III. *Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Verhältnis.*

Hatte schon Otto von Gierke den personenrechtlichen Einschlag des Arbeitsverhältnisses besonders stark betont, so hielt er doch für das geltende Recht an der Grundanschauung fest, daß es sich bei dem Arbeitsverhältnis um ein Schuldverhältnis handelt. In den letzten Jahren vor Erlaß des AOG wurde jedoch der vorwiegend schuldrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses bestritten. Insbesondere Potthoff vertrat die Ansicht, daß es sich bei dem Arbeitsverhältnis um ein vorwiegend personenrechtliches Verhältnis handle. Das Arbeitsverhältnis sei kein Schuldverhältnis mit personenrechtlichen Nebenwirkungen, sondern ein „personenrechtliches, soziales Organisationsverhältnis", mit auch schuldrechtlichem Inhalt[31]).

Die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Schuldverhältnis sei falsch. Wer keine Mittel zur selbständigen Arbeit habe, müsse sich selbst in den Dienst eines anderen stellen, der Produktionsmittel besitze, die er durch die Beschäftigung des Arbeiters nutzbar mache. Die Parteien eines solchen Dienstvertrages ständen sich völlig ungleich gegenüber und ihre Leistungen seien in ihrem Wesen völlig verschieden. Der Arbeitgeber leiste Vermögenswerte, der Arbeitnehmer aber sich selbst, denn er verspreche nicht einzelne Leistungen, sondern räume dem Arbeitgeber die Verfügung über seine Arbeitskraft ein. Diese Hingabe in die Herrschaft eines anderen sei das entscheidende, aus ihr flössen erst die vermögensrechtlichen Beziehungen, die zwar Zweck des Verhältnisses sein mögen, aber nicht das Wichtigste für die Gesamtheit seien und deshalb auch nicht für das Recht das Wichtigste, geschweige denn, daß allein Vorhandene sein dürften. Für das heutige, besonders das gewerbliche Arbeitsverhältnis sei ein Unterschied zwischen der vermögensrechtlichen Leistung des Arbeitgebers und der personenrechtlichen Hingabe des Arbeitnehmers zu machen[32]).

Es ist klar, daß diese Auffassung Potthoffs mit der Regelung, die der Dienstvertrag im BGB gefunden hat, nicht zu vereinbaren ist. Potthoff selbst zieht daher die Konsequenzen, indem er den modernen Arbeitsvertrag nicht länger mehr als Unterart des Dienstvertrages gelten lassen will.

---

31) Potthoff: Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? Arbeitsrecht IX. Sp. 267 ff.; derselbe: Arbeitsrecht XII. Sp. 244.

32) Potthoff: Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? Arbeitsrecht IX. Sp. 272—273.

Welche von den dargestellten Auffassungen für das alte Recht die richtige gewesen ist, mag hier dahingestellt bleiben, da sich durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit die Verhältnisse grundlegend geändert haben. Eines jedoch hat die Darstellung des Meinungsstreites der letzten 100 Jahre gezeigt, nämlich wie mehr und mehr erkannt wurde, daß das Arbeitsverhältnis personenrechtliche Bestandteile enthält.

Drittes Kapitel.

Die personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses nach der Systematik des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit.

I. Allgemeines.

Das Arbeitsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, d. h. ein rechtlich erhebliches Verhältnis, mag es nun auf Vertrag beruhen oder nicht[1]). Die Rechtsverhältnisse aber sind grundsätzlich zu scheiden in personenrechtliche und vermögensrechtliche. Daneben bestehen auch solche, die sowohl personenrechtliche als auch vermögensrechtliche Elemente enthalten[2]). Im zweiten Kapitel ist dargestellt, wie unter dem früheren Recht für die Einreihung des Arbeitsverhältnisses in dieses System alle drei Möglichkeiten vertreten wurden. Die Ueberschrift dieses Kapitels zeigt, daß der Verfasser die Ansicht vertritt, daß das Arbeitsverhältnis nach dem AOG sowohl personenrechtliche wie vermögensrechtliche Bestandteile enthält. Bevor mit deren Darstellung im einzelnen begonnen wird, sei hier kurz gesagt, was unter Personenrecht und Vermögensrecht im folgenden zu verstehen ist.

Die Personenrechte sind ihrer Art nach unwirtschaftlicher Natur. Sie sind Rechte, deren letzter Sinn nicht die Befriedigung wirtschaftlicher Interessen, sondern die Verfolgung sittlicher Belange ist. Spielen hin und wieder einmal wirtschaftliche Belange mit hinein, (Familienrecht), so ist das zwischen den Beteiligten bestehende Verhältnisse doch ein grundsätzlich unwirtschaftliches. Personenrechte begründen ein persönliches Band zwischen den Beteiligten, das über bloß schuldrechtliche Forderungsrechte und Leistungspflichten weit hinausgeht und durch besondere Gehorsams-, Treu- und Fürsorgepflichten, wie sie das reine Schuldrecht nicht kennt, gekennzeichnet ist[3]). Bestehen solche Beziehungen nicht, so handelt es sich um Vermögensrecht[4]).

---

1) Vgl. oben S. 6 ff.

2) Vgl. Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. S. 42.

3) Vgl. Cosack-Mitteis: a. a. O.; Vallbracht: Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses .... S. 14.

4) Besser würde man in diesem Falle von rein schuldrechtlichen Beziehungen sprechen, da man mit dem Begriff „Vermögensrecht" allzu leicht die Vorstellung, daß ein Geldwert vorhanden sein müsse, verbindet. Da aber für die nicht personenrechtlichen Beziehungen sich die Bezeichnung vermögensrechtliche Beziehungen eingebürgert hat, sei sie auch hier verwendet.

II. *Die Betriebsgemeinschaft als Quelle der personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses.*

a) Die Betriebsgemeinschaft als personenrechtlicher Herrschaftsverband.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit faßt in seinem ersten Paragraphen die im Betriebe Arbeitenden, den Unternehmer als Führer und die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft in der Betriebsgemeinschaft zusammen. Die gemeinsame Förderung der Betriebszwecke zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat ist das verbindende Band. Der auf materialistischer Grundlage beruhende klassenkämpferische Gegensatz zwischen Arbeiter und Unternehmer wird durch das Ethos der gemeinsamen Arbeit für eine höhere Einheit, der Unternehmer und Arbeiter als organische Glieder angehören, überwunden. Zwar ist nicht zu leugnen, daß auch die harte Notwendigkeit, den Lebensunterhalt zu verdienen, den einzelnen zwingt, im Betriebe zu arbeiten. Die wirtschaftlichen Motive, die zur Zusammenarbeit im Betriebe führen, sind als soziologisch wirksame Kräfte nicht zu übersehen. Darin aber, daß der Marxismus nur dieses sah und betonte, lag sein großer Irrtum. Denn nicht die wirtschaftlichen Beweggründe allein bestimmen Dasein und Lebensformen der Menschen. Die geistige Haltung, aus der heraus der Kampf ums Dasein geführt wird, ist vielmehr ausschlaggebender Faktor. Eine Geisteshaltung, die das Wohl des einzelnen als Endziel ansah, mußte dazu führen, daß jeder, sei es einzeln oder in Korporationen zusammengeschlossen, seine Belange ohne Rücksicht auf das Wohl von Volk und Staat verfolgte. In dem Augenblick aber, in dem der einzelne nur noch als Glied der Gesamtheit und nicht mehr als absolute Größe seine Berechtigung hat, ändern sich auch Methoden und Regeln des Daseinskampfes. Das Bewußtsein, daß das Wohl des einzelnen von dem der Gesamtheit des Volkes abhängt, erhebt den Existenzkampf auf eine höhere Ebene und zwingt den einzelnen auf die rücksichtslose Verfolgung von persönlichen Sonderinteressen zu verzichten. Der arbeitende Mensch tritt in die große Gemeinschaft der für das Wohl des Volkes Arbeitenden und wird in seiner persönlichen Tätigkeit zugunsten höherer sittlicher Belange gebunden. Die natürliche Gliederung dieser Gemeinschaft ist aber in den einzelnen Betrieben gegeben, denn hier leistet der einzelne seine Arbeit zum Wohl des Ganzen in Gemeinschaft mit den übrigen Betriebsangehörigen.

Mag nun der einzelne in die Betriebsgemeinschaft aus wirtschaftlichen Motiven eintreten, so kann das doch für die Beurteilung des Wesens der Betriebsgemeinschaft nicht maßgeblich sein. Abgesehen davon, daß das Betriebsvermögen nicht der Betriebsgemeinschaft gehört, ist auch der Zweck der Betriebsgemeinschaft kein wirtschaftlicher, denn es wird nicht, um möglichst viel zu verdienen, sondern zum ge-

meinen Wohl gearbeitet[5]). Zum allgemeinen Besten sind Führer und Gefolgschaft einander verbunden, welche Verbundenheit sich insbesondere in Treu-, Fürsorge- und Gehorsamspflichten zeigt. Der Unternehmer als Führer ist Leiter und hat alleinige Entscheidungsbefugnis[6]). Die Betriebsgemeinschaft ist also ein personenrechtlicher Herrschaftsverband, was O. von Gierke[7]) bereits feststellte. Der Vorwurf Gierkes[8]), daß das Wesen der wirtschaftlichen Unternehmungen als personenrechtliche Gemeinschaften in der Rechtsordnung keinen vollen Ausdruck gefunden habe, ist für das AOG gegenstandslos geworden[9]).

b) Die Zusammenfassung der personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses in der Betriebsgemeinschaft und die Trennung von Unternehmer- und Führerfunktion.

Mit dem Eintritt in das Arbeitsverhältnis wird der Arbeiter in die Betriebsgemeinschaft eingegliedert. Da die Betriebsgemeinschaft aber ein personenrechtlicher Herrschaftsverband ist, so sind die Beziehungen, in die der Arebiter durch die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft eintritt, personenrechtlicher Natur. Und nur diese Beziehungen sind bei dem Arbeitsverhältnis nach dem AOG personenrechtliche, denn nur auf der Betriebsgemeinschaft beruht das personenrechtliche Band, das die Betriebsangehörigen, den Führer und die Gefolgschaft zum gemeinen Wohl verbindet. Dies kommt im Gesetz auch dadurch zum Ausdruck, daß es zwischen der Unternehmer- und Führerfunktion derart unterscheidet, daß beide Funktionen von verschiedenen Personen ausgeübt werden können[10]). Zwar ging der Gesetzgeber davon aus, daß in der Regel der Unternehmer auch Führer des Betriebes ist und gab für diesen Fall in erster Linie seine Vorschriften. Wie er diese gab, wird jedoch nicht an dem Regelfall, sondern gerade an dem Ausnahmefall deutlich.

Unterscheidet das Gesetz zwischen Unternehmer- und Führerfunktion derart, daß beide von verschiedenen Personen ausgeübt werden können, so ist, um die verschiedenen Funktionen festzustellen, davon auszugehen, daß Unternehmer und Führer verschiedene Personen sind.

---

5) Joerges: Arbeitsrecht und Volkstum 1934 S. 46: „Die Arbeit selbst ist eine Leistung nicht um Arbeitsentgelt, um Lohn und Gehalt, sondern aus Pflichterfüllung gegenüber dem Ganzen des Volkes.“ Denecke: Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 222: Nicht der Austausch von Vermögenswerten ist die Hauptsache, sondern das ethische Verbundensein aus gemeinsamer Arbeit zum Besten des Betriebes und zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat.

6) Siehe § 2 AOG.

7) O. von Gierke: Deutsches Privatrecht I. Bd. S. 699.

8) O. von Gierke, a. a. O.

9) Siehe § 2 AOG.

10) Siehe § 3 III AOG.

Die Beziehungen zwischen Arbeiter und Unternehmer auf der einen Seite und zwischen Arbeiter und Führer auf der anderen Seite bestehen in diesem Fall völlig unabhängig nebeneinander; es zeigt sich, daß der Gesetzgeber die Beziehungen des Arbeiters zum Unternehmer als unabhängig von den Beziehungen des Arbeiters zum Führer ansah, denn sonst hätte er niemals die Möglichkeit schaffen können, daß beide Funktionen von verschiedenen Personen ausgeübt werden. Währen Unternehmer- und Führerfunktion unlösbar miteinander verflochten, dann könnten sie auch stets nur von der gleichen Person ausgeübt werden. Besteht aber zwischen Unternehmer- und Führerfunktion nach der gesetzlichen Regelung kein innerer Zusammenhang, sondern werden sie im Leben lediglich in der Regel durch eine Person ausgeübt, dann können sie auch in diesem Fall, den der Verfasser als arbeitsrechtliche Personalunion bezeichnen möchte, nicht als ineinander aufgehend angesehen werden.

Ist dem Unternehmer die Fähigkeit, Führer des Betriebes zu sein, im ehrengerichtlichen Verfahren aberkannt worden, so ist nach § 3 III AOG ein neuer Führer des Betriebes zu bestellen. Mit Recht weist der Kommentar von Mansfeld-Pohl Anm. 4 b zu § 3 AOG darauf hin, daß das Gesetz mit Bedacht davon spricht, daß ein anderer Führer und nicht ein Stellvertreter zu bestellen ist; denn der Verurteilte verliert nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Fähigkeit Führer des Betriebes zu sein. Durch die Aberkennung der Fähigkeit Führer des Betriebes zu sein, wird die wirtschaftliche Stellung des Unternehmers nicht berührt. Nach wie vor gehört ihm der Betrieb Er behält die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Arbeitsvertrag und der Tatsache, daß er Betriebsinhaber bleibt[11]), ergeben[12]).

Die Bedeutung der Aberkennung der Fähigkeit Führer des Betriebes zu sein, beruht auf dem Ausschluß aus der personenrechtlichen Betriebsgemeinschaft. Denn wer sich einen schweren Verstoß im Sinne des § 36 Ziff. 1 AOG gegen die soziale Ehre hat zuschulden kommen lassen, kann nicht länger Haupt einer Gemeinschaft sein, der die soziale Ehre alles bedeutet. Nur ehrenhafte und untadelige Männer können die Betriebsgemeinschaft verwirklichen, nur ihnen gegenüber kann die Gefolgschaft zur Treue verpflichtet sein[13]). Zur Strafe für sein gegen die soziale Ehre verstoßendes Verhalten wird das personenrechtliche Band zwischen dem Unternehmer und der Gefolgschaft, das ihn als Führer in der Betriebsgemeinschaft mit den Betriebsangehörigen verband, gelöst. Der Unternehmer steht fortan mit den Betriebsangehörigen nicht mehr in dem sozial-personenrechtlichen, sondern nur noch in dem wirtschaftlich-vermögensrechtlichen Verhältnis. Die so-

---

11) Es ist an den Erwerb des Eigentums am Arbeitsprodukt zu denken.
12) Vgl. Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit S. 20; Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 30 zu § 3 AOG; Dersch: Anm. 20 zu § 3 AOG; Mansfeld-Pohl: Anm. 4 b zu § 3 AOG.
13) Mansfeld-Pohl Anm. 4 a zu § 3 AOG.

zial-personenrechtlichen Beziehungen gehen auf den neuen Betriebsführer über, der in allen Angelegenheiten der Betriebsgemeinschaft von dem Unternehmer völlig unabhängig ist[14]).

Wie also der Fall, in dem Unternehmer und Führer verschiedene Personen sind, weil dem Unternehmer die Fähigkeit Führer des Betriebes zu sein, aberkannt wurde, zeigt, bestehen die personenrechtlichen Beziehungen nicht zwischen Unternehmer und Arbeiter, sondern zwischen Führer und Arbeiter, denn sie fließen lediglich aus der Betriebsgemeinschaft. Mag nun das Arbeitsverhältnis auf Vertrag beruhen oder nicht, immer werden die personenrechtlichen Beziehungen die gleichen sein, da ja die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft unabhängig von dem Bestehen des Arbeitsvertrags ist.

Weil aber die personenrechtlichen Beziehungen aus der Betriebsgemeinschaft fließen und Unternehmer und Führer verschiedene Personen sein können, so daß der Arbeitsvertrag mit dem Unternehmer die Betriebsgemeinschaft aber mit einer anderen Person, dem Führer, besteht, was darauf zurückzuführen ist, daß der Unternehmer nicht wert war, mit den Betriebsangehörigen in personenrechtlichen, insbesondere Treubeziehungen zu stehen, ist die weitverbreitete Ansicht[15]), daß durch das AOG die schuldrechtliche Seite des Dienstvertrages nach der personenrechtlichen Seite hin beeinflußt werde, unrichtig. Das AOG läßt den Dienstvertrag vielmehr stärker denn je als schuldrechtlichen Vertrag erscheinen, der mit dem Inhaber des Betriebes als Unternehmer geschlossen wird. Daneben steht nach dem AOG die Betriebsgemeinschaft mit dem Führer des Betriebes, die alles Personenrechtliche in sich aufsaugt. Weil in der Regel Unternehmer und Führer des Betriebes in einer Person zusammenfallen, werden diese Wahrheiten leicht übersehen, zumal sich aus dem gleichen Grunde in der Praxis nur selten Schwierigkeiten zeigen, die nur dann auftreten, wenn Unternehmer und Führer nicht die gleichen Personen sind.

Treu-, Fürsorge- und Gehorsamspflicht wurden im alten Recht aus dem Arbeitsvertrag abgeleitet. Man sah sie als personenrechtliche Bestandteile des Einzelarbeitsvertrages an. Damit, daß das AOG das Treu-, Gehorsams- und Fürsorgeverhältnis aus der Betriebsgemeinschaft ableitet und so das tatsächliche Verhältnis der Zusammenarbeit, das nicht mit dem Unternehmer zu bestehen braucht, als Grundlage der personenrechtlichen Beziehungen des Einzelarbeitsverhältnisses nimmt, unterscheidet es sich wesentlich von dem früheren Recht Die Radizierung der personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses auf die Betriebsgemeinschaft wird allein den Tatsachen gerecht, und ist als wesentlicher dogmatischer Fortschritt gegenüber dem alten Recht zu begrüßen. Dadurch aber, daß das Gesetz zwischen Unternehmer und Führer, die verschiedene Personen sein können, unter-

14) Statt Vieler: Mansfeld-Pohl Anm. 4 b zu § 3 AOG.
15) Statt Vieler: Mansfeld-Pohl, Anm. 3 d zu § 2 AOG.

scheidet, wird die praktische Bedeutung dieses Fortschrittes stark gemindert. Denn gerade in den Fällen, für die Kausen[16]) die Bedeutung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit so hoch einschätzt, ist diese gering, denn „echte direkte sozialrechtliche Ansprüche" gegenüber dem Nutznießer seiner Arbeit, dem Unternehmer, kann der Arbeiter nicht haben, da ihn kein personenrechtliches Band mit diesem verbindet. Wer ohne Arbeitsvertrag im Betriebe beschäftigt ist, hat auch gegenwärtig noch grundsätzlich nur „indirekte Behelfsansprüche"[17]), die zwar heute freimütiger zu geben sind, aber niemals zu einem mit einem Konkursvorrecht Pfändungs- und Aufrechnungsverbot ausgestatteten Lohnanspruch führen können[18]).

Lediglich über den Begriff der guten Sitten und die §§ 157, 242 BGB erhalten heute die im AOG enthaltenen, das Arbeitsleben durchdringenden Gedanken Einfluß auf den Arbeitsvertrag; und zwar in der Weise, daß die im Arbeitsvertrag geschuldete Leistung nach der im AOG zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Auffassung zu erbringen ist. An dem vermögensrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages wird hierdurch nichts geändert, denn die Parteien des Arbeitsvertrages der Unternehmer und der Arbeiter stehen sich rein schuldrechtlich gegenüber. Ein personenrechtliches Band — und gerade dieses wäre für den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages kennzeichnend, — besteht zwischen ihnen als Parteien des Arbeitsvertrages nicht sondern wie oben gezeigt, besteht das personenrechtliche Band im Arbeitsverhältnis zwischen Führer und Arbeiter und beruht lediglich auf der sich auf die Arbeit im Betriebe gründenden Betriebsgemeinschaft[19]).

Diese Tatsachen lassen die Frage Mansfelds[20]), wie weit jemand, dem die Fähigkeit, Führer des Betriebes zu sein, fehlt, de lege ferenda Unternehmer bleiben könne, nur allzu berechtigt erscheinen. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit ist auf halbem Wege stehen geblieben, indem es die Unternehmer von der Führerfunktion unterscheidet und die Möglichkeit schuf, daß beide Funktionen von verschiedenen Personen ausgeübt werden. Soll der Gedanke der arbeitenden Gemeinschaft im Betriebe als Zelle der arbeitenden Volksgemeinschaft restlos Wirklichkeit werden, dann wird man fürderhin zwischen Unternehmer und Betriebsführer nicht mehr unter-

---

16) Kausen: Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts. Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 73 links unten.

17) Näheres insbes. auch über den Fall, daß in der Betriebsordnung Mindestlöhne festgesetzt sind, unten IV c.

18) Anders Kausen, a. a. O.

19) Darüber, daß das personenrechtliche Band in der Betriebsgemeinschaft liegt, vgl. weiterhin Benecke: Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis? Deutsches Arbeitsrecht 1934, S 221, wo Denecke die Treue- und Gehorsamspflicht und die Entscheidungsbefugnis des Führers aus dem Wesen der Betriebsgemeinschaft folgert.

20) Mansfeld: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 38.

scheiden können. Denn nur so wirkt das durch die Betriebsgemeinschaft geknüpfte personenrechtliche Band unmittelbar gestaltend auf die Gesamtheit der im Arbeitsverhältnis enthaltenen Beziehungen ein. Solange dieser Schritt noch nicht getan ist, ist davon auszugehen, daß die personenrechtlichen Beziehungen des Einzelarbeitsverhältnisses nach dem AOG aus der Betriebsgemeinschaft fließen, während daneben die vermögensrechtlichen Beziehungen zum Unternehmer bestehen, wobei zuweilen vermögensrechtliche Ansprüche vorkommen, die sich auf personenrechtliche Grundgedanken zurückführen lassen[21]).

III. *Die personenrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses.*

a) Die Treupflicht.

Das Verhältnis zwischen dem Führer des Betriebes und dem einzelnen Arbeiter erhält seine Kennzeichnung durch die in § 2 des AOG ausgesprochene Treupflicht. Wenn § 2 AOG sagt, daß die Gefolgschaft dem Betriebsführer die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten habe, so wird hierunter nicht eine Gesamtpflicht der Gefolgschaft verstanden, denn diese kann, da sie keine Rechtspersönlichkeit ist[22]), keine Rechte und Pflichten haben. Die Treupflicht ist vielmehr eine aus dem Wesen der Betriebsgemeinschaft als personenrechtlichem Herrschaftsverbande sich ergebende, dem einzelnen Arbeiter obliegende Pflicht[23]).

Der einzelne Arbeiter ist verpflichtet, die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten. Die Betriebsgemeinschaft begründet also ein Treuverhältnis zwischen Führer und Arbeiter. Seinem Wesen nach kann aber ein Treuverhältnis niemals einseitig sein. Jeder ist vielmehr dem anderen zur Treue verpflichtet. Ueber den Wortlaut des § 2 des AOG hinaus ist daher auch der Führer dem Arbeiter zur Treue verpflichtet.

Letzter Grund für die Treupflicht ist die persönliche Zusammenarbeit im Betriebe. Die gemeinsame Arbeit an gemeinsamen Zielen ist das die Personen von Führer und Arbeiter verbindende Band. So-

---

21) Man denke z. B. an den Anspruch auf Kündigungswiderruf nach § 56 AOG an den Anspruch aus § 618 BGB.
Darüber, daß das Arbeitsverhältnis sich aus den personenrechtlichen Beziehungen zum Führer und den vermögensrechtlichen zum Unternehmer zusammensetzt, siehe auch Joerges: Arbeitsverhältnis, Betrieb Unternehmer und Führer nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Arbeitsrecht und Vokstum 1934 Sp. 110.

22) Dies ist allgemeine Meinung. Statt aller: Dersch, Anm. 6b § 1 AOG.

23) Vgl. statt aller: Dersch Anm. 4a zu § 2 AOG. Seiner Ansicht, daß die Treupflicht Bestandteil des Arbeitsvertrages sei, kann bei der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung nicht zugestimmt werden.

lange der Arbeiter noch nicht in die Betriebsgemeinschaft eingegliedert ist, besteht die Treupflicht nach dem AOG noch nicht[24]).

Es soll hier nun nicht der Versuch gemacht werden, alle Auswirkungen der Treupflicht aufzuzählen und darzustellen. Dieser Versuch wäre wegen der umfassenden Natur der Treupflicht zum Scheitern verurteilt. Ganz allgemein ausgedrückt, hat jeder Arbeiter seine Arbeit „gewissenhaft und treu zu verrichten"[25]). Der Arbeiter hat all' sein Können in den Dienst des Betriebes zu stellen und mit Recht weisen Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 4 a zu § 2 AOG darauf hin, daß für den Notfall auch über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus Arbeit zu leisten ist.

Besondere Erwähnung verdient das aus der Treupflicht sich ergebende Wettbewerbsverbot. Es ist von dem gesetzlichen Wettbewerbsverbot des § 60 (76) HGB scharf zu scheiden. Dieses erfaßt die Vertragsparteien, gleichgültig, ob sie im Betriebe zusammen arbeiten oder nicht. Der kaufmännische Angestellte ist dem Kaufmann gegenüber während der Dauer des Anstellungsvertrages rein schuldrechtlich verpflichtet, den Wettbewerb zu unterlassen. Diese schuldrechtliche Verpflichtung bleibt unverändert bestehen, selbst wenn dem Kaufmann die Fähigkeit, Führer des Betriebes zu sein, aberkannt wurde, also ein personenrechtliches Band zwischen dem Kaufmann und seinen Angestellten nicht mehr vorhanden sein kann. Bei Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot des HGB kann nur der Unternehmer und nicht der Führer des Betriebes als solcher auf Schadensersatz klagen oder das Eintrittsrecht ausüben. Das Wettbewerbsverbot des HGB gehört nicht zum Personenrecht, sondern zum Vermögensrecht, denn es beruht auf wirtschaftlicher Basis und verfolgt wirtschaftliche Ziele. Die Ansicht, daß durch die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treupflicht das gesetzliche Wettbewerbsverbot in seinem Wesen eine Aenderung zum Personenrecht hin erfahre, ist nicht haltbar, weil das gesetzliche Wettbewerbsverbot vom Anstellungsvertrag ausgeht und überhaupt nicht von dem auf der aus der Betriebsgemeinschaft sich ergebenden Treupflicht beruhenden des AOG berührt wird, wie sich bei dem Auseinanderfallen von Führer und Unternehmer im Falle des § 3 III AOG zeigt. In diesem Falle wird das Wesen des aus der auf die Betriebsgemeinschaft begründeten Treupflicht entspringenden Wettbewerbsverbotes klar und deutlich erkennbar. Nicht dem Führer für seine Person ist der Gefolgschaftsangehörige zur Unterlassung des Wettbewerbes verpflichtet, sondern daraus, daß der Arbeiter verpflichtet ist, gemeinsam und treu seine Arbeit zur Förderung des Betriebszweckes und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat zu verrichten, ergibt sich,

---

24) Die personenrechtliche Treupflicht ist zu scheiden von der vermögensrechtlichen aus dem Arbeitsvertrag entspringenden Pflicht die Arbeit im Rahmen des § 242 BGB auszuführen. Diese Pflicht liegt dem Arbeiter dem Unternehmer gegenüber ob.

25) Mansfeld-Pohl, Anm. 3 d zu § 2 AOG.

daß er alles unterlassen muß, was den Betriebszweck beeinträchtigen kann, also insbesondere die Wettbewerbstätigkeit.

Das aus dem AOG sich ergebende Wettbewerbsverbot besteht also neben dem Wettbewerbsverbot des HGB. Es unterscheidet sich auch von diesem in den Folgen seiner Verletzung. Diese ist Verletzung der Treupflicht und damit der sozialen Ehre. Sie führt mithin zum Ehrengerichtsverfahren, denn der verbotene Wettbewerb verstößt gegen den Gemeinschaftsgeist innerhalb der Betriebsgemeinschaft. Daß auch der Arbeitsfriede gefährdet wird, ist nicht erforderlich[26]). Vorausgesetzt ist jedoch, daß der Verstoß fortgesetzt, d. h. mehrmals begangen wird[27]). Niemals aber kann der Betriebsführer als solcher die Folgen der Verletzung der §§ 60 (76) HGB geltend machen.

Erfüllt das Verhalten des Gefolgschaftsangehörigen den Tatbestand des § 826 BGB so kann der Geschädigte, d. h. der Inhaber des Betriebes, der mit dem Führer ja nicht identisch zu sein braucht, Schadensersatz verlangen. Auch dieser Schadensersatzanspruch ist rein vermögensrechtlicher Natur. Allerdings ist bei der Feststellung, ob ein sittenwidriges Verhalten vorliegt, auf die im AOG zum Ausdruck gebrachten sittlichen Vorstellungen zurückzugehen, weil ein gegen den Geist des AOG verstoßendes Verhalten als sittenwidrig angesehen werden muß. Aber da der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB nicht auf der Verletzung einer dem Schädiger dem Geschädigten gegenüber obliegenden personenrechtlichen Pflicht, sondern nur auf dem sittenwidrigen Verhalten beruht, ändert sich nichts an der Tatsache, daß der Anspruch aus § 826 BGB ein vermögensrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen sittenwidriger Schädigung fremden Vermögens ist.

Ebenso wie bei dem Wettbewerbsverbot liegen die Dinge bei der Verpflichtung zur Wahrung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses. Auch hier ist die aus der auf der Betriebsgemeinschaft beruhenden Treupflicht sich ergebende Pflicht, die Interessen des Betriebes nicht durch Geheimnisverrat zu schädigen, die sich als integrierender Bestandteil der sozialen Ehre darstellt, zu scheiden von der dem Unternehmer gegenüber bestehenden schuldrechtlichen Pflicht zur Wahrung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses deren Verletzung diesem die bekannten vermögensrechtlichen Ansprüche, den Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB und die Schadensersatzansprüche aus § 19 UWG und § 823 BGB gibt. Die Verletzung der betrieblichen Treupflicht führt niemals direkt zu Ansprüchen des Unternehmers; lediglich aus dem Gesichtspunkt der Schadenszufügung durch Verstoß gegen die guten Sitten, kann dem Unternehmer ein Anspruch aus § 826 BGB zu geben sein, der aber als Anspruch wegen sittenwidriger Vermögensschädigung vermögensrechtlicher Natur ist. Auch der Geheimnisver-

---

26) Wie hier mit eingehender Begründung Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 23 u. 27 zu § 36 AOG.

27) Siehe § 36 Ziff. 2 AOG.

rat führt als Verstoß gegen die betriebliche Treupflicht und damit die soziale Ehre zum ehrengerichtlichen Verfahren, wenn er mehrmals begangen wird. Denn es verstößt gegen den Gemeinschaftsgeist innerhalb der Betriebsgemeinschaft und stört ihn empfindlich, wenn einzelne Betriebsangehörige die Interessen des Betriebes dadurch schädigen, daß sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verraten. Wird der Verrat von Mitgliedern des Vertrauensrates begangen und handelt es sich um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihnen bei Erfüllung ihrer Aufgaben bekannt geworden sind, so reicht die einmalige Begehung zur ehrengerichtlichen Ahndung aus, denn die Mitglieder des Vertrauensrates sind in ganz besonderem Maße zur betrieblichen Treue verpflichtet. Neben dem Geheimnisverrat ist bei ihnen weiter die Offenbarung von ihnen bei Erfüllung ihrer Aufgaben gemachten vertraulichen Angaben eine Treuverletzung, die zum sozialen Ehrengerichtsverfahren führt.

§ 36 Ziff. 4 AOG nennt als Täter des Geheimnisverrates nicht nur Vertrauensmänner, sondern spricht ausdrücklich von Mitgliedern des Vertrauensrates. Mitglied des Vertrauensrates ist aber nach § 5 AOG auch der Führer des Betriebes selbst. Wenn auch der Führer des Betriebes wohl kaum jemals nach § 36 Ziff. 4 AOG ehrengerichtlich belangt werden kann, da ihm die Betriebsgeheimnisse oder vertraulichen Angaben in der Regel nicht als Mitglied des Vertrauensrates, sondern als Führer des Betriebes zur Kenntnis kommen werden, so zeigt § 36 Ziff. 4 AOG doch deutlich, daß auch der Führer der betrieblichen Treupflicht unterworfen ist.

Man hat nun behauptet, auf Grund der zwischen Führer und Gefolgschaftsangehörigen bestehenden Treubeziehungen könne ein langjähriger Angestellter oder Arbeiter nicht grundlos entlassen werden und beruft sich dabei auf Arb. S. 21 II S. 7. Daneben hat man behauptet, daß die Treubeziehungen zwischen Führer und Gefolgschaft über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses u. a. auch in der Art weiterwirke, daß bei Neueinstellungen auf alte Arbeiter zurückzugreifen sei[28]). Diese beiden Behauptungen zeigen, daß man die eigenartige Rechtslage, die durch die Trennung der Unternehmer- und Führerfunktion im AOG geschaffen wurde, nicht erkennt oder nicht erkennen will. Beide Behauptungen können nur dann richtig sein, wenn auch derjenige mit dem das Treuband besteht, Anstellung und Kündigung vornimmt. Daß die Treubeziehungen nach dem AOG auf der Betriebsgemeinschaft beruhen, der Unternehmer als solcher also gar nicht, sondern nur der Führer von ihnen erfaßt wird, wird niemand

28) Mansfeld-Pohl, S. 115 unten: „Treue zum Führer und Fürsorge des Führers für den Gefolgsmann können auch weiter als das formelle Bestehen vertraglicher Beziehungen wirken, und es kann aus dem Gedanken der Treue der Unternehmer gehalten sein, bei Neueinstellungen auf alte Arbeiter zurückzugreifen". Man beachte, wie erst vom Führer und dann vom Unternehmer gesprochen wird.

leugnen. Nur wenn der Führer als solcher[29]) die Anstellung und Kündigung vornimmt, sind daher die beiden Behauptungen richtig

Der Grundeinstellung des AOG würde es entsprechen, wenn tatsächlich dem Führer die Anstellung und Kündigung übertragen wäre, denn er als Haupt der Betriebsgemeinschaft sollte in erster Linie dazu berufen sein, durch Anstellung und Kündigung über die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft zu bestimmen[30]). Indem das AOG die Betriebsgemeinschaft auf der tatsächlichen Arbeit im Betrieb aufbaut, läßt es zunächst dahingestellt sein, wie es zur tatsächlichen Arbeit im Betriebe kommt und auf Grund welcher Vorgänge sie endet. Daß es darüber hinaus ganz und gar nicht auf dem Standpunkt steht, daß der Führer die Arbeitsverträge abschließt und kündigt, bringt es insbesondere in den §§ 20 und 57 AOG zum Ausdruck. Der Unternehmer ist nach § 20 AOG verpflichtet, dem Treuhänder der Arbeit schriftlich Anzeige zu machen bevor er 9 bezw. 50 Beschäftigte entläßt. Ebenso spricht § 57 AOG im Zusammenhang mit der Kündigungswiderrufsklage von dem Unternehmer. Das ist kein Zufall. Das Gesetz unterscheidet ja zwischen Führer- und Unternehmerfunktion. Steht das Gesetz aber auf dem Standpunkt, daß der Unternehmer kündigt so nur deshalb, weil es der Ansicht ist, daß nur der zu kündigen habe, mit dem der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Abschluß des Arbeitsvertrages und Kündigung erfolgen also nach dem AOG durch den Unternehmer[31]).

Die oben wiedergegebenen Behauptungen können also nicht richtig sein, denn der Führer, mit dem das Treuband besteht, nimmt die Anstellungen und Entlassungen nicht vor. Der Hinweis auf die in Arb. S. 21 II S. 7 abgedruckte Entscheidung ist keineswegs geeignet darzutun, daß die grundlose Entlassung eines langjährigen Angestellten unzulässig sei. Diese Entscheidung ist noch unter dem alten Recht ergangen und ging davon aus, daß zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Treupflicht bestünde. Heute besteht die Treupflicht nur noch zwischen Führer und Arbeiter. Die alte Unterscheidung zwischen Unternehmer und Arbeitgeber ist aber keineswegs identisch mit der zwischen Unternehmer und Führer[32]), wie daraus ersichtlich ist, daß

---

29) Also nicht etwa als Vertreter des Unternehmers.

30) Wenn auch die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft nicht auf dem Arbeitsvertrag beruht, so kommt es doch in der Regel erst über einen Arbeitsvertrag zur Arbeit im Betriebe.

31) Die ist auch die allgemeine Ansicht. Vergl. Dersch, der auf die Bedeutung der Kündung als wirtschaftliche Disposition hinweist, Anm. 3 a zu § 20 AOG; Hueck-Nipperdey Anm. 25 zu § 20 AOG; Mansfeld-Pohl Anm. 2 zu § 20 AOG., wozu allerdings Anm. 2 d zu § 2 in merkwürdigem Widerspruch steht, wenn es hier heißt: „Wer im Betrieb Führer und damit für schaffende Volksgenossen verantwortlich sein darf, wird sich nicht darauf beschränken können, Anstellungsverträge abzuschließen; Mansfeld: Der Führer des Betriebes JW 1934, 1006.

32) Joerges: Arbeitsrecht und Volkstum 1934, Sp. 109.

der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag abschloß und kündigte, während diese Funktionen nach dem AOG dem Unternehmer obliegen. Die Treupflicht kann daher nicht als Begründung dafür angeführt werden, daß ein langjähriger Angestellter nicht grundlos entlassen werden darf; ein Vielen merkwürdig erscheinendes aber nach dem AOG zwangsläufiges Ergebnis, das auf der Trennung zwischen Führer- und Unternehmerfunktion im AOG beruht.

Verstößt der Unternehmer, der einen langjährigen Angestellten grundlos entläßt, nicht gegen eine Treupflicht, da ihm keine obliegt, so handelt er doch gegen jedes soziale Empfinden, und der Entlassene kann gegebenenfalls die Kündigungswiderrufsklage nach § 56 AOG erheben. Unterläßt der Unternehmer bei Neueinstellungen die Einstellung alter Arbeiter, so verstößt auch dies gegen das soziale Empfinden und das, was danach Rechtens sein sollte. Eine rechtliche Möglichkeit, den Unternehmer zu zwingen, bei Neueinstellungen frühere Arbeiter zu berücksichtigen, besteht jedoch nicht.

Da lediglich der Führer des Betriebes in Treubeziehungen zu den Arbeitern steht, kann auch höchstens in seiner Person die Treupflicht über das beendete Arbeitsverhältnis hinaus wirken. Auf Grund dieser Weiterwirkung der Treupflicht wäre dann der Führer gehalten, dem Unternehmer bei Neueinstellungen frühere Arbeiter vorzuschlagen und auf ihre Einstellung hinzuwirken. Unterläßt er dies, so verstößt er allerdings gegen die Treupflicht. Aber rechtliche Wirkungen zeitigt dieser Verstoß nicht.

In der Betriebsgemeinschaft tritt der einzelne Arbeiter jedoch nicht nur in Beziehungen zum Führer, sondern auch zu den übrigen Arbeitskameraden. In der Betriebsgemeinschaft als personenrechtlichem Verbande werden die Arbeiter, die als Subjekte der Arbeitsverträge als einzelne nebeneinander stehen, auf personenrechtlicher Basis zusammengefaßt. In treuer Zusammenarbeit haben sie ihre Aufgaben für Volk und Staat zu erfüllen. Treue Kameradschaft ist die Grundlage des Gemeinschaftsgeistes innerhalb der Betriebsgemeinschaft. Nur Kameradschaft ist wirkliche Gemeinschaft. Kameradschaft ohne Treue ist nicht denkbar. Wiederholte Verletzung der kameradschaftlichen Treue findet daher nach § 36 Ziff. 2 AOG im ehrengerichtlichen Verfahren ihre Ahndung.

b) Die Fürsorgepflicht.

Ist das Verhältnis zwischen Führer und Gefolgschaft in der Betriebsgemeinschaft zunächst durch die wechselseitige Treupflicht gekennzeichnet, so erhält es seine weitere Prägung durch die dem Führer der Gefolgschaft gegenüber obliegende Fürsorgepflicht. Ein treuer Führer opfert sich — so verlangt es der Grundsatz wahren Führertums — in Fürsorge für seine Gefolgschaft auf. So sagt denn das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit etwas Selbstverständliches, wenn es in § 2

von dem Führer sagt: „er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen." Die hier im AOG statuierte aus der Betriebsgemeinschaft fließende Fürsorgepflicht des Führers ist zu scheiden: 1. von der dem Unternehmer auf Grund des Arbeitsvertrages nach DGB und HGB obliegenden Fürsorgepflicht und 2. von den Fürsorgepflichten des sogenannten Arbeiterschutzrechtes insbesondere nach den §§ 120 a ff. GWO, bei denen es sich um öffentlich-rechtliche Pflichten des Unternehmers gegenüber dem Staat handelt[33]), und die daher aus der Betrachtung grundsätzlich ausscheiden können. Nur soviel ist noch zu sagen, daß ein Verstoß gegen sie nach § 823 II BGB zu einer Schadensersatzpflicht des Unternehmers führen kann, die vermögensrechtlicher Natur ist. Die hier gemachte Unterscheidung erscheint durchaus berechtigt, wenn man sich die Systematik des AOG vergegenwärtigt, nach der die Führer- und die Unternehmerfunktion als unabhängig voneinander erscheinen. In der Literatur wird ein Unterschied zwischen der Fürsorgepflicht des Unternehmers und der des Führers nicht gemacht, sei es, weil man die Bedeutung der Trennung von Führer- und Unternehmerfunktion nicht kennt oder wegen ihrer Folgen nicht erkennen will. Es entspricht nur der Logik, daß, wenn man erkannt hat, daß das AOG die Unabhängigkeit der Führer- und Unternehmerfunktion voneinander annimmt, man auch die aus den beiden Funktionen fließenden Rechte und Pflichten gesondert behandelt. Zeigt sich hierbei ein unerfreuliches Ergebnis, so muß das Gesetz verbessert werden. Bei einer kritischen Untersuchung des Gesetzes auf seine innere Geschlossenheit geht es jedoch nicht an, in das Gesetz das gewünschte Ergebnis hineinzuinterpretieren und so zu tun, als wäre alles in bester Ordnung, wie es die gesamte Literatur zum AOG tut, indem sie behauptet, daß durch § 2 Abs. 2 AOG die aus dem Arbeitsvertrag entspringende Fürsorgepflicht eine Erweiterung und Vertiefung erfahren habe, und hieraus alle Folgerungen zieht, von welchen jeder sozial Denkende schon immer wünschte, daß sie im Gesetz eine Grundlage erhielten[34]). Dieses Vorgehen ist durchaus am Platze, wenn es sich darum handelt, in der Praxis eine brauchbare Entscheidung zu fällen. Darum handelt es sich hier aber nicht! Es ist bekannt, daß der tüchtige Jurist, mag das Gesetz auch mangelhaft sein, es versteht zu brauchbaren Entscheidungen zu kommen, indem er sich, wenn nötig, geschickt vom Gesetze löst.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit statuiert die Fürsorgepflicht des Führers des Betriebes. Sie beruht auf der Betriebsgemeinschaft und hat sich innerhalb derselben in der Art auszuwirken, daß der Führer in umfassendem Sinne für das Wohl seiner Gefolgschaft sorgt. Als aus dem personenrechtlichen Band der Betriebsgemeinschaft fließend, ist sie personenrechtlicher Natur. Wirkungen auf

33) Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 259 und S. 115 und die dort Zitierten.

34) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 17 zu § 2 AOG; Dersch, Anm. 3 b zu § 2 AOG; Mansfeld-Pohl Anm. 2 d zu § 2 AOG.

die Pflichten des Unternehmers nach BGB und HGB kann die Fürsorgepflicht des Führers nach der Systematik des AOG nicht zeitigen, denn Führer- und Unternehmerfunktion stehen ja nach der Regelung des Gesetzes nicht in innerem Zusammenhang, sondern können von verschiedenen Personen ausgeübt werden. Dadurch, daß das AOG die personenrechtlichen Beziehungen in der Betriebsgemeinschaft zusammenfaßt und den Unternehmer den Betriebsangehörigen rein schuldrechtlich ohne personenrechtlich verbindendes Band gegenüberstellt, erscheinen die Fürsorgepflichten des Unternehmers aus § 618 Abs. I BGB und § 62 HGB[35]), die gewiß aus personenrechtlichen Vorstellungskreisen entspringen, als vermögensrechtliche Nebenverpflichtungen.

Die vertragliche Fürsorgepflicht des Unternehmers ist durch das AOG in ihrem Umfang unberührt geblieben. Die Ansicht, daß sie heute ebenso weit gehe wie die öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht des Arbeiterschutzrechtes[36]), die davon ausgeht, daß die im AOG ausgesprochene umfassende Fürsorgepflicht des Führers auch auf die Pflichten des Unternehmers als solchen wirke, entspricht zwar dem sozialen Empfinden, ist aber nach der Systematik des AOG nicht haltbar, denn sie berücksichtigt die Trennung von Führer- und Unternehmerfunktion im Gesetz nicht. Wegen dieser Trennung kann sich die umfassende Natur der Fürsorgepflicht des Führers des Betriebes auf die Fürsorgepflicht des Unternehmers nicht auswirken. Daher ist es denn auch nicht richtig, daß heute die Fürsorgepflicht des Unternehmers, die sich bisher grundsätzlich nur auf Leib und Leben erstreckte und nur in besonderen Fällen auch das Eigentum des Arbeiters mitumfaßte, ohne weiteres dahin auszudehnen sei, daß der Unternehmer auf den Schutz des Eigentums seiner Arbeiter bedacht sein muß[37]). Lediglich die Fürsorgepflicht des Führers ist soweit auszudehnen, während es für die Fürsorgepflicht des Unternehmers bei dem alten Umfange verbleibt.

Die Scheidung zwischen der Fürsorgepflicht des Unternehmers nach BGB und HGB und der Fürsorgepflicht des Führers nach § 2 II AOG ist von größter Bedeutung für die Frage, inwieweit der Unternehmer im Falle des § 3 III AOG bei Ausübung der Führer- und Unternehmerfunktionen durch verschiedene Personen für Verstöße gegen die Fürsorgepflicht haftet.

Bei einem Verstoß gegen seine vertragliche Fürsorgepflicht kann hier nur der Unternehmer in Anspruch genommen werden. Während für die Verletzung der dem Führer als solchem nach dem AOG obliegenden Fürsorgepflicht auch nur der Führer in eigener Person haftet. Da die Fürsorgepflicht des Unternehmers als geringere in der umfassenden des Führers aufgeht, können Führer und Unternehmer, soweit

35) Nur diese kommen für das Arbeitsverhältnis der Arbeiter u. Angestellten ernstlich in Betracht.
36) Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 17 zu § 2 AOG.
37) Hueck-Nipperdey-Dietz, a. a. O.

sich ihre Pflichten decken, bei deren Verletzung nebeneinander haften. Unhaltbar ist die von Dersch in seinem Kommentar[38]) Anm. 3 b zu § 2 AOG vertretene Ansicht, daß neben dem Führer auch der Unternehmer haftet, „da für diesen der Führer des Betriebes gesetzlicher Verrichtungsgehilfe ist (§ 831 BGB)". Im Falle des § 831 BGB wird nicht für fremdes, sondern für eigenes Verschulden bei der Auswahl und Beaufsichtigung des Verrichtungsgehilfen gehaftet; und das Wesen des Verrichtungsgehilfen wird darin erblickt, daß er von dem Willen des Geschäftsherrn abhängig ist[38]). Der Führer des Betriebes ist aber in allen aus der Führerstellung sich ergebenden Handlungen von dem Willen des Unternehmers völlig unabhängig. Eine Aufsichtspflicht des Unternehmers besteht nicht Auch kann er sich keinerlei Verschulden bei der Auswahl zuschulden kommen lassen, da der neue Führer des Betriebes von dem Treuhänder der Arbeit und nicht von ihm zu bestellen ist[39]).

Soweit bisher die Fürsorgepflicht des Unternehmers auf sein Direktionsrecht[40]) zurückging wie z. B. die sich aus der Leitung der Arbeit ergebenden Pflichten der §§ 618 BGB und 62 HGB, sind sie mit der Uebertragung des Direktionsrechtes auf den Führer des Betriebes auch auf diesen übergegangen. Er trägt sie als eigene Pflichten, wie er ja auch sein Amt nicht als Vertreter des Unternehmers innehat.

c) Befehlsgewalt, Gehorsamspflicht und Bußgewalt.

Die Stellung des Führers innerhalb der Betriebsgemeinschaft wird durch seine Leitungs- und Entscheidungsbefugnis, kurz durch sein Direktionsrecht bestimmt. In allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch das AOG geregelt werden — das sind aber alle sich aus der Zusammenarbeit im Betrieb ergebende — entscheidet der Führer der Gefolgschaft gegenüber[41]). Die Entscheidungsbefugnis des Führers ist nicht im engen Wortsinn, sondern darüber hinaus als Anordnungsbefugnis zu verstehen, die sich aus der der Führerstellung

38) Fischer-Henle, Anm. 1 und 2 zu § 831 BGB.

39) Die Bestellung des Führers durch den Treuhänder der Arbeit entspricht allein dem Geiste des Gesetzes. Denn wie kann der Unternehmer, dem die Führerfähigkeiten fehlen, einen anderen zum Führer machen? Ein Laie hat noch niemals einen Priester geweiht! Es wäre übelste Wortinterpretation wollte man aus dem in § 54 AOG gebrauchten Ausdruck „überwachen" schließen, daß der Treuhänder von notwendig werdender vollziehender Tätigkeit ausgeschlossen sei. So auch insbes. Joerges: Arbeitsrecht und Volkstum, 1934 Sp. 112 und Huber: DJZ 1935 Sp. 207. Anders allerdings bisher die Praxis und die Komm. von Dersch Anm. 2 c zu § 3 AOG; Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 31 zu § 3 AOG; Mansfeld-Pohl, Anm. 4 b 2 zu § 3 AOG.

40) Ueber den Begriff des Direktionsrechtes vgl. Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 121.

41) § 2 AOG.

eigentümlichen Befehlsgewalt herleitet. Die Befehlsgewalt ist dem Führer im Interesse von Volk und Staat gegeben[42]) und ergreift die Personen der Gefolgschaftsangehörigen, die den Befehlen des Führers zu gehorchen haben. Die Befehlsgewalt des Führers und die Gehorsamspflicht der Gefolgschaftsangehörigen gehören also ebenfalls zu den personenrechtlichen Bestandteilen des Einzelarbeitsverhältnisses. Das Verhältnis zwischen Führer und Gefolgsmann ist als ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung von Personen, als ein personenrechtliches Gewaltverhältnis anzusehen. In diesem personenrechtlichen Gewaltverhältnis steht nur der Führer, niemals aber der Unternehmer als solcher, denn dieser arbeitet ja garnicht innerhalb der Betriebsgemeinschaft und kann dem einzelnen Arbeiter keine Arbeitsanweisungen erteilen. Lediglich durch den Arbeitsvertrag ist der Arbeiter mit dem Unternehmer verbunden und nur schuldrechtlich gehalten, die von ihm im Arbeitsvertrag übernommenen Pflichten zu erfüllen. Mit der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft wird er der Gewalt des Führers unterworfen, der ihm nun sagt, wo und wie er sie im einzelnen zu erfüllen hat. Dies ergibt sich unmittelbar daraus, daß der Führer kraft seiner Stellung auch in allen organisatorischen Fragen der Betriebsverfassung zu entscheiden hat[43]).

Der wichtigste Ausfluß des personenrechtlichen Gewaltverhältnisses, in welchem die Gefolgschaft zum Führer steht, ist das Recht und die Pflicht des Führers Anordnungen über die innere Ordnung des Betriebes, d. h. über die Art der Arbeit, die Arbeitsform, Anfang und Ende der Arbeitszeit, Pausen usw. zu geben und, wenn eine Betriebsordnung obligatorisch ist[44]), diese zu erlassen.

Ihrem Wesen nach ist die obligatorische Betriebsordnung autonome Satzung[45]). In ihr kann der Führer u. a. Ordnungsstrafen, Bußen wie sich das AOG ausdrückt, festsetzen. Diese Bußgewalt des Führers entspringt seiner in der Betriebsgemeinschaft begründeten Herrschaftsgewalt. Sie ist ihm im Interesse der Betriebsgemeinschaft und nicht seiner selbst wegen verliehen. Denn der Führer darf Bußen nur wegen Verstoßes gegen die Ordnung und Sicherheit des Betriebes verhängen[46]). Wurde im alten Recht die Befugnis zur Verhängung von Bußen aus dem Arbeitsvertrag hergeleitet, waren die Bußen also ihrem Wesen nach nichts weiter als Vertragsstrafen[47]), so ist das bei den auf Grund der Betriebsordnung festgesetzten Bußen anders. Niemals ist der Arbeitsvertrag ihre Grundlage, sondern die Betriebsordnung als autonome Satzung. Nur der Führer hat die Gewalt eine Betriebsordnung zu erlassen und nur er hat die Gewalt, die darin vorgesehenen Bußen zu verhängen.

42) § 1 AOG.
43) Siehe Dersch: Anm. 4e zu § 1 AOG.
44) Siehe § 26 AOG.
45) Statt Aller Hueck-Nipperdey-Dietz: Anm. 36 zu § 26.
46) § 28 AOG.
47) Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 191.

In Betrieben, für die eine Betriebsordnung im Gesetz nicht vorgeschrieben ist, kann zwar auch eine Betriebsordnung erlassen werden. Diese ist jedoch nicht „öffentlich-rechtliche Normenquelle". Vielmehr hat sie nur die Bedeutung, der Erkennbarmachung der Bedingungen und Bestandteile des Einzelarbeitsvertrages[48]). Die in ihr festgesetzten Bußen können daher auch nur aus dem Einzelarbeitsvertrag hergeleitet werden. Sie haben die Natur von Vertragsstrafen[49]). Sie werden dem Unternehmer gegenüber verwirkt[50]); sie gehören ihrem Ursprung nach dem reinen Schuldrecht an.

An dem Rechtscharakter dieser Bußen als Vertragsstrafen wird durch § 28 AOG nichts geändert. Zunächst legt § 28 AOG den Umfang, in dem die von dem Unternehmer im Arbeitsvertrag vereinbarten Bußen verhängt werden können in der Weise fest, daß er sich mit dem Umfang, in dem auf Grund einer obligatorischen Betriebsordnung Bußen zulässig sind, deckt, wonach Bußen nur wegen Verstoßes gegen die Ordnung oder Sicherheit des Betriebes zulässig sind. Da aber der Unternehmer als solcher im Betriebe nicht mitarbeitet und daher auch nicht selbst feststellen kann, ob ein Betriebsangehöriger gegen die Ordnung und Sicherheit des Betriebes verstoßen hat, und es andererseits Aufgabe des Führers ist, für die Ordnung und Sicherheit des Betriebes zu sorgen, legt denn auch das Gesetz die Festsetzung der vertraglich mit dem Unternehmer vereinbarten Bußen im Einzelfall in die Hand des Führers. Der Führer ist die durch Gesetz bestimmte Stelle, die darüber zu entscheiden hat, ob die vertraglich vereinbarte Buße verwirkt ist[51]).

Hierdurch wird erreicht, daß praktisch ein Unterschied zwischen der Verhängung von Bußen auf Grund einer obligatorischen Betriebsordnung und von im Arbeitsvertrag vereinbarten Bußen nicht besteht[52]), obwohl beide Arten von Bußen nach der rechtlichen Konstruk-

---

48) Dersch: Anm. 2 a zu § 28 AOG; abweichend Hueck-Nipperdey-Dietz: Anm. 5 zu § 28 AOG und Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, S. 44—45; wie im Texte ebenfalls Mansfeld-Pohl, der jedoch zu weit geht, wenn er auch die auf Grund der obligatorischen Betriebsordnung festgesetzten Bußen als Vertragsstrafen ansieht.

49) Dersch: Anm. 2 c zu § 26.

50) Dennoch sind sie nicht an den Unternehmer zu entrichten! §§ 28, III 28 I AOG 20 Zw. Df. VO in der Fassung der VO über die Verwendung von Geldbußen vom 14. 11. 1934.

51) Aus diesem Grunde ist insbesondere § 343 BGB nicht anwendbar.

52) Hat die Vertragsstrafe ursprünglich den Sinn, die Schadensfeststellung zu erleichtern, so wird sie durch § 28 AOG praktisch zur Disziplinarmaßnahme, die der Aufrecherhaltung der Ordnung und Sicherheit im Betriebe dienen soll. Daher stehen heute die vertraglich vereinbarten Bußen und eventuelle Schadensersatzansprüche des Unternehmers völlig unabhängig nebeneinander. Die §§ 340 ff. BGB sind nicht anwendbar. Dies ergibt sich insbesondere daraus, daß nicht der Unternehmer die Geldbußen erhält, sondern sie nach § 20 Zw. Df. VO in der Fassung der VO über die Verwendung von Geldbußen vom 14. 11. 1934 der NSV zu überweisen sind. Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 3 und Anm. 32 zu § 28 AOG;

tion auf ganz verschiedene Rechtssphären zurückzuführen sind. Die eine auf das personenrechtliche Gewaltverhältnis von Führer und Gefolgschaft und die andere auf das rein schuldrechtliche und daher vermögensrechtliche Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer.

An dieser Stelle bedarf noch § 127 a GWO wegen der unmittelbar aus ihm fließenden Strafgewalt besonderer Erwähnung. Nach § 127 a GWO ist der Lehrling der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen. Es fragt sich, ob diese sich aus der Gewerbeordnung ergebende Zuchtgewalt den Unternehmer- oder Führerfunktionen zuzurechnen ist, welche Frage von besonderer Bedeutung ist, wenn Unternehmer und Führer verschiedene Personen sind. Hat hier der Führer oder der Unternehmer das Recht aus § 127 a GWO? Für die Entscheidung dieser Frage ist von dem Begriff des Lehrherrn auszugehen, wie er sich bisher in Schrifttum und Rechtsprechung entwickelt hat. Lehrherr im Sinne der Gewerbeordnung ist hiernach der Gewerbetreibende, welcher einen gewerblichen Arbeiter in die Lehre nimmt, um ihn in Arbeiten seines Gewerbes zu unterweisen oder unterweisen zu lassen[53]). Lehrherr ist also derjenige mit dem der Arbeitsvertrag (Lehrvertrag) abgeschlossen wird. Der gewerbliche Lehrherr ist von dem Lehrer im Sinne des § 174 Nr. 1 StGB zu unterscheiden. Wenn er auch tatsächlich meistens mit diesem in einer Person zusammenfällt, so ist er doch nicht Lehrer im Sinne des § 174 Nr. 1 StGB, wenn er die Ausbildungstätigkeit einem Vertreter selbständig überlassen hat[54]). Hieraus ergibt sich eindeutig, daß der gewerbliche Lehrherr die Ausbildungstätigkeit nicht persönlich ausüben muß, was auch schon oben in der Begriffsbestimmung zum Ausdruck gebracht wurde. Daß auch in diesem Fall der Lehrling seiner väterlichen Zucht unterworfen bleibt, ergibt sich klar und deutlich aus § 127 a GWO, indem er sagt: „Der Lehrling ist der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen und dem Lehrherrn sowie demjenigen, welcher an Stelle des Lehrherrn die Ausbildung zu leiten hat, zur Folgsamkeit und Treue, zu Fleiß und anständigem Betragen verpflichtet." Der Lehrherr als solcher hat also die väterliche Zuchtgewalt. Demjenigen der an seiner Stelle die Ausbildung des Lehrlings zu leiten und zu besorgen hat, ist dagegen ein Züchtigungsrecht von Gesetzes wegen nicht eingeräumt[55]).

Der Unternehmer ist, da er den Arbeitsvertrag (Lehrvertrag) abschließt, Lehrherr. Wenn die Unternehmer- und Führerfunktionen von verschiedenen Personen ausgeübt werden, so kann es nur Sache des

---

anders Mansfeld-Pohl: Anm. 2 zu § 28 AOG und Dersch, der nicht erkennt, daß nach § 20 AOG die vertraglich vereinbarten Bußen den auf obligatorischer Betriebsordnung beruhenden völlig gleich behandelt werden müssen, Anm. 2 a zu § 28 AOG.

53) R. von Landmanns Kommentar zu Gewerbeordnung Anm. 2 zu § 127 a.

54) JW 1927 S. 3049.

55) R. von Landmanns Komm. zur GWO Anm. 2 zu § 127 a.

Führers sein, den Lehrling zu unterweisen und seine Ausbildung zu leiten, da nur er an den Lehrling unmittelbar Anweisungen erteilen kann. Er hat also an Stelle des Lehrherrn, zwar nicht als dessen Vertreter, sondern kraft seines Führeramtes, die Ausbildung des Lehrlings zu leiten. Die Zuchtgewalt des § 127 a GWO steht ihm jedoch nach dem oben Gesagten nicht zu, sie hat vielmehr der Lehrherr, der Unternehmer inne.

Dieses Ergebnis wird niemand billigen. Man muß aber nach der Systematik des Gesetzes zwangsläufig zu demselben kommen. Denn einerseits unterscheidet die Gewerbeordnung ausdrücklich zwischen dem Lehrherrn, der die Züchtigungsbefugnis hat, und dem, der an Stelle des Lehrherrn die Ausbildung des Lehrlings leitet, der aber keine Züchtigungsbefugnis besitzt. Das AOG andererseits rechnet den Abschluß des Arbeitsvertrages und demnach auch des Lehrvertrages zu den Funktionen des Unternehmers. Es macht diesen mithin zum Lehrherrn. De lege ferenda wird dieser Zustand wohl kaum aufrecht erhalten werden können. Inzwischen wird sich die Praxis hier von dem Gesetze lösen und den Führer des Betriebes als Lehrherrn bezeichnen müssen.

IV. Die vermögensrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses.

a) Zusammenfassung der bereits im vorigen Abschnitt mitbehandelten vermögensrechtlichen Bestandteile.

Im 2. Abschnitt des 3. Kapitels wurde gezeigt, wie die gesamten personenrechtlichen Beziehungen des Arbeitsverhältnisses nach dem AOG auf die Betriebsgemeinschaft zurückgeführt sind und nur zum Führer des Betriebes hin bestehen, während zwischen Unternehmer und Arbeiter ein personenrechtliches Band nicht vorhanden ist. Verschiedentlich, so vor allem bei der Behandlung der Treupflicht des Wettbewerbsverbotes, des Verbotes Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu verraten und der Fürsorgepflicht nach dem AOG, die wir als dem Personenrecht angehörend erkannt haben, wurde schon im 3. Abschnitt des 3. Kapitels das Verhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter untersucht und die hierbei festgestellten Beziehungen als nicht auf der Betriebsgemeinschaft beruhend und damit als nicht personenrechtlich erkannt. Zwischen Unternehmer und Arbeiter bestehen nur rein schuldrechtliche Beziehungen. Daher erschöpft sich die Treupflicht dem Unternehmer gegenüber im Rahmen des § 242 BGB. Das Wettbewerbsverbot nach HGB und das Verbot Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu verraten, können nur vermögensrechtlicher Art sein. Das gleiche gilt von der Fürsorgepflicht des Unternehmers nach dem BGB, die sich auf den Arbeitsvertrag stützt. Sie geht zwar auf personenrechtliche Grundge-

danken zurück, aber in ihrer rechtlichen Konstruktion zeigt sie sich als rein schuldrechtlich und damit vermögensrechtlich, denn sie besteht zwischen Personen, zwischen denen ein personenrechtliches Band nicht gegeben ist. Wie falsch es wäre zu sagen, da die Fürsorgepflicht besteht, müsse auch ein personenrechtliches Band zwischen Unternehmer und Arbeiter gegeben sein, zeigt gerade der Fall, in dem dem Unternehmer die Fähigkeit Führer des Betriebes zu sein aberkannt und so das personenrechtliche Band mit den Betriebsangehörigen gelöst wurde. Hier besteht die Fürsorgepflicht des Unternehmers nach dem BGB soweit sie sich nicht als Begleiterscheinung des Direktionsrechts darstellt, — daß sie insoweit auf den Führer des Betriebes übergeht, ist oben S. 36 gezeigt — unverändert fort.

b) Der Anspruch des Unternehmers auf die Arbeitsleistung.

Mit dem Unternehmer wird der Arbeitsvertrag abgeschlossen. In diesem verpflichtet sich der Arbeiter dem Unternehmer zur Arbeitsleistung. Nach § 611 BGB kann daher der Unternehmer von dem Arbeiter oder Angestellten die versprochenen Dienste verlangen. Dieser Leistungsanspruch steht dem Unternehmer als solchem zu. Er ist daher rein vermögensrechtlich und ebenso ist die diesem Anspruch entsprechende Leistungspflicht des Arbeiters eine rein vermögensrechtliche Pflicht, die von der jedem Volksgenossen obliegenden sittlichen Pflicht, seine Arbeitskraft im Dienste des Volksganzen zu verwerten, zu scheiden ist. Um dieser sittlichen Pflicht zur Arbeit zu genügen und zugleich seinen Lebensunterhalt zu verdienen, schließt der Arbeiter den Arbeitsvertrag mit dem Unternehmer ab, durch den er erst die vermögensrechtliche Pflicht, im Betriebe des Unternehmers Arbeit zu leisten übernimmt. Gegen den vermögensrechtlichen Charakter des Anspruchs auf die Arbeitsleistung spricht keineswegs § 613 BGB. Dieser erklärt sich vielmehr aus der eigentümlichen rein vermögensrechtlich geschuldeten Leistung bei Dienstvertrag. Denn damit, daß sich jemand zu einer Dienstleistung verpflichtet, verpflichtet er sich naturnotwendig zu einer Tätigkeit seiner Person, so daß die Leistung durch einen anderen nicht die geschuldete Leistung wäre; und weil die Dienste in Person zu erbringen sind, soll auch der Anspruch auf die Dienstleistung im Zweifel nicht übertragen werden können, da eben nicht jeder gewillt ist, jedem Dienste zu leisten. Dadurch, daß ein Anspruch nicht übertragen werden kann, wird er keineswegs zu einem personenrechtlichen Anspruch, wie die unübertragbaren Forderungen zeigen.

c) Der Lohnanspruch des Beschäftigten.

Dem Anspruch des Unternehmers auf die Leistung der vereinbarten Dienste entspricht der Anspruch des Arbeiters auf Zahlung des vereinbarten Lohnes. Nach § 611 BGB ist der Dienstberechtigte zur Ge-

währung des vereinbarten Lohnes verpflichtet. Der Dienstberechtigte ist aber der Unternehmer. Ihm gegenüber besteht der Lohnanspruch des Arbeiters als rein vermögensrechtlicher Anspruch.

Ist ein gültiger Arbeitsvertrag nicht vorhanden, so kann der Lohnanspruch nicht aus § 611 BGB hergeleitet werden. Einige, insbesondere Kausen[56]) behaupten, daß in diesem Fall der Unternehmer kraft Arbeitsrechtes verpflichtet sei, die übliche oder angemessene Vergütung zu zahlen. Der Arbeiter habe „echte direkte sozialrechtliche Ansprüche" gegenüber dem Nutznießer seiner Arbeit, dem Unternehmer. Daß dies nicht richtig ist, wurde bereits oben im 2. Abschnitt Ziff. 2 gezeigt.

Ist ein Arbeitsvertrag nicht geschlossen, so sind bezüglich der Ansprüche des Arbeiters gegen den Unternehmer zwei Fälle zu unterscheiden. Einmal der Fall, daß eine obligatorische Betriebsordnung mit Bestimmungen über die Höhe des Lohnes nicht besteht und dann der Fall, daß eine solche besteht. Das Bestehen einer fakultativen Betriebsordnung mit Bestimungen über die Höhe des Lohnes ist hier bedeutungslos, da sie ja nur die Bedeutung der Erkennbarmachung des Inhalts des Arbeitsvertrages hat[57]).

Besteht eine obligatorische Betriebsordnung mit Bestimmungen über die Lohnhöhe nicht, so stellt sich das Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem ohne Arbeitsvertrag Beschäftigten als ein Verhältnis dar, bei dem der eine dem anderen etwas ohne rechtlichen Grund leistet. Der Beschäftigte erbringt einem bestimmten Unternehmer seine Arbeitsleistung, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein. Er kann daher die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung des Unternehmers nach den §§ 812 ff. BGB fordern. Dieser Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wird in der Regel seiner Höhe nach dem Lohn entsprechen, den die übrigen, vertraglich angestellten Arbeiter, die die gleiche Arbeit wie der vertragslos Beschäftigte verrichten, erhalten, denn der Unternehmer hätte diesen Betrag aufwenden müssen, wenn er die Arbeit durch einen vertraglich angestellten Arbeiter oder Angestellten hätte verrichten lassen[58]). Er hat alle Mängel, die ein Hilfsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Vergleich zu einem echten Lohnanspruch hat. Erstens ist er von der tatsächlichen Bereicherung abhängig und dann fehlen ihm die dem echten Lohnanspruch eigentümlichen auf sozialen Grundgedanken beruhenden Begünstigungen: die Bevorrechtung in Konkurse und der Schutz des Pfändungs- und Aufrechnungsverbotes. Er entspricht keineswegs dem, was nach dem sozialen Empfinden der Zeit Rechtens sein sollte. Auch die aus irgend einem Grunde ohne Arbeitsvertrag innerhalb der Be-

56) Kausen: Das Treuverhästnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts. Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 73.

57) Siehe S. 38.

58) Siehe für das frühere Recht Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 149. Für das Recht nach dem AOG Hueck-Nipperdey-Dietz: Anm. 9 zu § 30.

triebsgemeinschaft treu zum Nutzen von Volk und Staat geleistete Arbeit ist ihres Lohnes wert und sollte nicht nur durch vage Bereicherungsansprüche entgolten werden.

Günstiger liegen die Verhältnisse, wenn eine obligatorische Betriebsordnung mit Bestimmungen über die Mindestlohnhöhe besteht. Da die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft unabhängig vom Bestehen des Arbeitsvertrages ist, und nur die tatsächliche Einreihung in die Betriebsgemeinschaft entscheidet[59]), erfaßt die als autonome Satzung erlassene Betriebsordnung auch den vertragslos Beschäftigten; und zwar nicht nur, wenn der Führer des Betriebes die vertragslosen Beschäftigungsverhältnisse auch ausdrücklich in die Formengeltung der Betriebsordnung einbezieht, wie Dersch[60]) meint, sondern ipso iure, durch die auf Grund seiner Stellung in dem personenrechtlichen Herrschaftsverbande der Betriebsgemeinschaft erlassenen Betriebsordnung mit Bestimmungen über die Mindestlohnhöhe entsteht zwischen dem Arbeiter und dem Unternehmer ein gesetzliches Schuldverhältnis[61]), kraft dessen der Unternehmer zur Zahlung des in der Betriebsordnung festgesetzten Mindestlohnes verpflichtet ist[62]). Der so unmittelbar auf die Betriebsordnung als autonome Satzung begründete Lohnanspruch ist ein echter Lohnanspruch und mit allen Privilegien eines solchen ausgestattet.

Besondere Erörterungen darüber, daß auch die Ansprüche wegen geleisteter Mehrarbeit vermögensrechtliche sind, bedarf es nicht.

d) Der Urlaubsanspruch.

Neben dem Lohnanspruch hat der Arbeiter oder Angestellte heute in der Regel einen klagbaren Anspruch auf Gewährung von bezahltem Urlaub. Sei es, daß dieser Urlaubsanspruch ausdrücklich oder stillschweigend im Arbeitsvertrag vereinbart oder auf Grund von Tarif- und Betriebsordnungen gegeben ist. Darüber hinaus besteht allerdings ein allgemeiner gesetzlicher Urlaubsanspruch wie im alten, so auch im heutigen Recht nicht. Artikel 160 S. 1 der Weimarer Verfassung[63]) und § 629 BGB geben nur in bestimmten eng begrenzten Fällen, nämlich für die Ausübung von Wahlen und öffentlichen Ehrenämtern und zur Aufsuchung einer neuen Stelle einen Anspruch auf Freizeit mit einem Anspruch auf Lohn und Gehalt im Rahmen des § 615 BG. Des weiteren besteht nach dem Gesetz über die Beurlaubung von Angestell-

---

59) Siehe S. 6 ff.

60) Dersch: Anm. 4 c zu § 26.

61) Aus der personenrechtlichen Sphäre wird hier in die vermögensrechtliche gestaltend eingegriffen.

62) Ebenso Dersch: Anm. 4 zu § 26; Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit S. 48.

63) Gegen die Weitergeltung dieser Bestimmung bestehen keine Bedenken. Denn da die Weimarer Verfassung nicht formell aufgehoben ist, gelten ihre Bestimmungen, soweit sie mit den Grundsätzen des heutigen Staates zu vereinbaren sind, weiter.

ten und Arbeitern für Zwecke der Leibeserziehung vom 15. 2. 1935 ein Urlaubsanspruch. Nach § 5 dieses Gesetzes ist jedoch für die Dauer des auf Grund desselben gewährten Urlaubs kein Lohn zu zahlen.

Die von Grub[64]) vertretene Ansicht, daß aus der dem Betriebsführer gemäß § 2 AOG obliegenden Fürsorgepflicht ein gesetzlicher Anspruch des Gefolgschaftsangehörigen auf Urlaub hergeleitet werden könne, kann nicht gebilligt werden. Der Urlaubsanspruch richtet sich ja garnicht gegen den Führer, sondern gegen den Unternehmer. Der Führer hat lediglich durch den Erlaß einer Betriebsordnung mit Bestimmungen über den Urlaub die Möglichkeit, mit Wirkung gegen den Unternehmer den Gefolgschaftsangehörigen einen Urlaubsanspruch zu verschaffen[65]). Daraus aber allein, daß der Führer des Betriebes für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen hat, kann sich nicht ergeben, daß ein Urlaubsanspruch gegen den Unternehmer besteht. Mag auch der Zweck des Urlaubs noch so sehr ein sozialer sein, und darin erblickt werden, daß der arbeitende Volksgenosse Gelegenheit zur Erholung habe, so stellt sich rechtlich auch heute noch der bezahlte Urlaub als ein Teil des Entgeltes für die geleistete Jahresarbeit dar[66]).

Nach der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung ist der Urlaubsanspruch also ein gegen den Unternehmer gerichteter vermögensrechtlicher Anspruch. Der Führer des Betriebes kann lediglich infolge des ihm zustehenden Direktionsrechts, wenn im einzelnen nichts Näheres festgelegt, z. B. die Zeit, innerhalb welcher der Urlaub angetreten werden kann, nicht bestimmt ist, die notwendigen Regelungen treffen.

e) Der Beschäftigungsanspruch.

Einen klagbaren Anspruch aus dem Dienstvertrag gegen den Unternehmer auf Beschäftigung erkannte für das frühere Recht die herrschende Lehre nicht an, da im BGB im Gegensatz zu der für den Kaufvertrag in § 433 und für den Werkvertrag in § 640 ausdrücklich ausgesprochenen Abnahmepflicht bei der Regelung des Dienstvertrages eine Pflicht zur Abnahme der Dienste nicht ausgesprochen sei. Grundsätzlich sah man in der Nichtabnahme der Dienste keinen Schuldner-, sondern nur einen Gläubigerverzug mit der in § 615 BGB ausgesprochenen Folge, daß der Dienstherr zur Lohnzahlung verpflichtet ist, ohne Anspruch auf Nachleistung der Dienste zu haben. Abgesehen davon, daß das Recht auf Beschäftigung ausdrücklich vertraglich ausbedungen war, erkannte man nur in Ausnahmefällen einen Anspruch auf Beschäftigung an, so wenn er sich aus der besonderen Art des Arbeitsvertrages (Lehr- und Volontärvertrag) oder aus besonderen Belangen

---

64) Grub: Arbeitsrechtskartei, Blatt Urlaub.

65) Auch hier wirkt sich die Fähigkeit des Führers Recht zu setzen, über die Betriebsgemeinschaft hinaus aus.

66) Siehe Arb. S. 10 S. 128; Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 272.

des Dienstverpflichteten (Schauspieler, Redakteure) bei einer Auslegung des Arbeitsvertrages nach Treu und Glauben bei Berücksichtigung der Verkehrssitte ergab[67]).

Eine abweichende Ansicht, insbesondere Nipperdey[68]) gab jedoch schon vor dem AOG einen Anspruch auf Beschäftigung. Die Beschränkung auf den Lohnanspruch komme auf einen Zwang zum Nichtstun heraus und widerspreche der modernen Auffassung des Arbeitsverhältnisses; und sei auch bei dem Dienstvertrag im Gegensatz zum Kauf- und Werkvertrag eine schuldnerische Abnahmepflicht im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, so ergebe sie sich doch im Wege des § 157 BGB aus Treu und Glauben.

Konnte man im früheren Recht noch darüber streiten, ob im Wege des § 157 BGB beim Dienstvertrag in der Regel ein Anspruch auf Leistung der Arbeit zu geben sei, so dürfte mit dem AOG die Streitfrage endgültig entschieden sein. Nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit arbeitet der einzelne nicht so sehr eigener Belange wegen, sondern zum Nutzen von Volk und Staat. Er erfüllt durch seine Arbeit eine ihm obliegende sittliche Pflicht. Nach heutiger Auffassung wird der Arbeitsvertrag nicht nur geschlossen, um den Lebensunterhalt zu verdienen, so daß mit dem Erwerb des Lohnanspruchs der Vertragszweck erfüllt wäre. Der von dem Arbeits-Ethos des AOG durchdrungene Arbeiter will vielmehr durch den Arbeitsvertrag auch die Möglichkeit erhalten, seiner sittlichen Pflicht, seine Arbeitskraft für das Volksganze zu verwerten, Genüge zu tun[69]).

Daher ist heute im Wege des § 157 BGB grundsätzlich jeder Arbeitsvertrag so auszulegen, daß er einen Anspruch des Dienstverpflichteten auf Beschäftigung enthält. Lediglich wenn besondere berechtigte Belange des Unternehmers entgegenstehen, wird man annehmen dürfen, daß eine Beschäftigungspflicht nicht besteht[70]).

f) Der Anspruch auf Zeugniserteilung.

Des weiteren hat der Arbeitnehmer gegen den Unternehmer nach §§ 630 BGB, 77 HGB, 113 GWO einen Anspruch auf Zeugniserteilung. Grundsätzlich hat sich das Zeugnis nur über die Art und Dauer der Beschäftigung auszusprechen. Insoweit bestehen keine Schwierigkeiten, denn zur Erteilung eines solchen Zeugnisses ist der Unternehmer selbständig in der Lage. Wie ist es aber, wenn der Arbeitnehmer verlangt, daß das Zeugnis auch auf Führung und Leistung ausgedehnt werde? Der Unternehmer ist im Falle des § 3 III AOG streng genommen nicht in der Lage, über Führung und Leistung, also darüber

67) Statt Vieler, Staudinger: Anm. IX 1 u. 3 zu § 611 BGB und Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 255 beide mit reichen Literaturangaben.
68) Bei Staudinger: Anm. IX 4 zu § 611 BGB.
69) Siehe oben S. 41.
70) Hueck-Nipperdey-Dietz: Anm. 18 zu § 2 AOG.

zu urteilen, wie sich der Beschäftigte innerhalb der Betriebsgemeinschaft verhalten hat. Denn er ist nicht Führer der Betriebsgemeinschaft und ein Urteil über Führung und Leistung innerhalb einer Gemeinschaft sollte eigentlich nur vom Leiter der Gemeinschaft ausgesprochen werden können. Es würde allein den Grundgedanken des AOG entsprechen, wenn der Führer des Betriebes dem Gefolgschaftsangehörigen bei seinem Ausscheiden aus dem Betriebe das Zeugnis über seine Führung und Leistung auszustellen hätte. Nach der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung ist jedoch auch die Erteilung eines sich über Führung und Leistung erstreckenden Zeugnisses Sache des Unternehmers, denn die Pflicht zur Erteilung des Zeugnisses leitet sich aus dem Arbeitsvertrag her und dieser wird mit dem Unternehmer geschlossen. Die zur Erfüllung seiner Pflicht erforderlichen Kenntnisse wird sich der Unternehmer durch Befragung des Führers des Betriebes verschaffen können. Trotzdem glaubt der Verfasser nicht, daß dieser Zustand künftig wird aufrecht erhalten werden können.

g) Der Erwerb des Arbeitsproduktes durch den Unternehmer.

Zur vermögensrechtlichen Seite des Arbeitsverhältnisses gehört auch der Erwerb des Arbeitsproduktes durch den Unternehmer. Als wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses wurde im ersten Kapitel das Unterworfensein unter fremde Gewalt festgestellt. An jedem Gewaltverhältnis lassen sich aber nach R. von Jhering[71]) zwei Seiten unterscheiden, die personenrechtliche und die vermögensrechtliche, oder wie Sinzheimer[72]) sagt: „Die Gewalt hat eine verwaltungsrechtliche und vermögensrechtliche Funktion." Bei dem Arbeitsverhältnis als Gewaltverhältnis wird nach dem AOG die personenrechtliche Seite in dem personenrechtlichen Herrschaftsverband der Betriebsgemeinschaft zusammengefaßt, die vermögensrechtliche aber äußert sich in den Beziehungen zum Unternehmer hin. Die vermögensrechtliche Funktion der Gewalt zeigt ihre Wirkung in dem unmittelbaren Erwerb des Rechtes am Arbeitsergebnis durch den Unternehmer[73]).

Bezüglich des Eigentumserwerbs an den gefertigten Sachen durch den Unternehmer entgegen dem Wortlaut des § 950 BGB herrscht bei größter Verschiedenartigkeit der juristischen Begründung Uebereinstimmung[74]). Durch das Eigentum des Unternehmers an den einzelnen

---

71) Rudolf von Ihering: Geist des römischen Rechts II 1 S. 166.

72) Sinzheimer: Grundzüge .... S. 15.

73) Anders Vallbracht: Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses ..... S. 49 ff. und Herz: Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag. Iherings Jahrbücher 74 S. 1 ff. beide leiten den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt aus der personenrechtlichen Abhängigkeit her.

74) Siehe u. a. Wolff bei Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III § 73 III; Hueck-Nipeprdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 287 Riezler:

Arbeitsergebnissen werden diese zur Produktion zusammengefaßt, über die allein der Unternehmer verfügen kann. Zur Produktion gehört alles, was im Betriebe geschaffen ist. Was aber im Betriebe geschaffen ist, läßt sich bei körperlichen Gegenständen verhältnismäßig einfach feststellen.

Nicht ganz so einfach ist dies bei den Immaterialgütern, insbesondere den Erfindungen. Die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses gemachten Erfindungen gehören zweifellos zu den Arbeitsprodukten und fallen daher nach dem oben Gesagten unmittelbar dem Unternehmer zu. Wann aber eine solche Erfindung vorliegt, ist eine nicht immer leicht zu beantwortende Frage. Ganz allgemein läßt sich soviel sagen, daß der Unternehmer das Erfinderrecht erwirbt: 1. an allen Erfindungen, die so stark durch die Erfahrungen, Hilfsmittel, Anregungen und Vorarbeiten des Betriebes beeinflußt sind, daß nicht bestimmte Personen als Erfinder in ausschlaggebender Weise hervortreten. (Betriebserfindung). Hier kommt überhaupt kein bestimmter Angestellter oder Arbeiter als Erfinder in Frage. Das Recht an der Erfindung kann daher ohne Bedenken unmittelbar dem Unternehmer zugeschrieben werden. 2. An allen Erfindungen, die ein Arbeitnehmer macht, der zur erfinderischen Tätigkeit angestellt ist, oder von dem eine solche nach den Umständen erwartet wird. (Diensterfindungen). Hier ist die erfinderische Tätigkeit der eigentliche Zweck des Arbeitsverhältnisses. Das Recht an Erfindungen, die nicht Betriebs- oder Diensterfindungen sind (freie Erfindungen), steht ausschließlich dem Arbeiter oder Angestellten zu[75]).

h) Die Klage auf Widerruf der Kündigung nach § 56 AOG und die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung.

Nach § 56 AOG kann ein Arbeiter oder Angestellter, dem nach einjähriger Beschäftigung in einem Betriebe mit mindestens 10 Beschäftigten gekündigt ist, wenn die Kündigung unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist, binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht auf Widerruf der Kündigung klagen. Gegen wen sich die Kündigungswiderrufsklage zu richten hat, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt. Jedoch kann nur der Unternehmer und nicht der Führer Beklagter sein, denn nur er ist Partei des Arbeitsvertrages. Daß auch das Gesetz auf diesem Stand-

---

in Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes S. 234; Planck Anm. 1 c zu § 950 BGB; Staudinger Anm. 5 b zu § 950 BGB.

75) Diese Abgrenzung nahm bereits § 122 des Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 vor. Man sah sie schon für das frühere Recht als zutreffend an. Vgl. Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 288 mit Zitaten.

punkte steht, ergibt sich aus § 57 AOG, welcher bestimmt, daß, falls das Urteil auf Widerruf der Kündigung lautet, von Amts wegen eine Entschädigung für den Fall festzusetzen ist, daß der Unternehmer den Widerruf ablehnt. Nach Abs. II des gleichen Paragraphen hat der Unternehmer binnen drei Tagen nach Zustellung des Urteils dem Gekündigten zu erklären, ob er den Widerruf der Kündigung oder die Entschädigung wählt.

Streit besteht darüber, ob der Kündigungswiderrufsklage ein unmittelbar mit dem Ausspruch der unbillig harten und nicht durch die Lage des Betriebes gerechtfertigten Kündigung entstandener Anspruch auf Widerruf der Kündigung zugrunde liegt oder ob die Pflicht des Unternehmers zum Widerruf oder zur Zahlung der Entschädigung erst durch das Urteil geschaffen wird, der Entlassene also lediglich ein durch Gestaltungsklage zu verwirkendes Gestaltungsrecht hat. Letztere Ansicht wird besonders im Kommentar von Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 30 zu § 56 AOG im Anschluß an die geschichtliche Entwicklung und die Auffassung über die Rechtsnatur des Einspruchs nach BRG vertreten. Die herrschende Ansicht nimmt einen unmittelbar mit Ausspruch der Kündigung entstehenden Anspruch an[76]). Ihr glaubt auch der Verfasser nach der Fassung des Gesetzes folgen zu müssen, nach der der Unternehmer grundsätzlich verurteilt wird, den Widerruf auszusprechen und nur hilfsweise die Entschädigungssumme festgesetzt wird. Diese hilfsweise Festsetzung der Entschädigungssumme erklärt sich daraus, daß man auf das verurteilende Erkenntnis § 894 I ZPO nicht angewendet wissen will; da der Unternehmer nicht gezwungen werden soll, gegen seinen Willen den Arbeitsvertrag aufrecht zu erhalten, wenn er durch eine entsprechende Zahlung die Härte der Entlassung mildert. Gegen die Annahme eines Gestaltungsurteils spricht auch, worauf Kreller[77]) mit Recht hinweist, daß es sachlich kaum verständlich wäre, wenn nach richterlicher Gestaltung der Verurteilte noch die Möglichkeit hätte, durch Abgabe einer Willenserklärung oder bloßes Schweigen während einer Frist, die Lage von neuem umzugestalten.

Hat also der Gekündigte gegen den Unternehmer einen Anspruch auf Widerruf der Kündigung, so zeigt sich dieser Anspruch wie alle Ansprüche gegen den Unternehmer in seiner rechtlichen Konstruktion als vermögensrechtlicher, was noch durch die dem Unternehmer im

---

76) Siehe Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit S. 65; Mansfeld-Pohl: Vorbem. vor § 56 und Anm. 1 zu § 56 AOG, weiter Kreller: Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 163, der im Hinblick darauf, daß der Unternehmer den Widerruf nicht ausüben kann, sondern an die Kündigung gebunden ist, sofern der Gekündigte sein Widerspruchsrecht nicht ausübt, von einem „verhaltenen" Anspruch spricht, und Dersch: Anm. 2 b zu § 56 AOG., der allerdings das Urteil soweit es die Festsetzung der Entschädigungssumme betrifft, als Gestaltungsurteil ansieht. Man kann Dersch insoweit beistimmen, als der Unternehmer durch das Arteil eine facultas alternativa erhält.

77) Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 164.

Urteil einzuräumende facultas alternativa besonders unterstrichen wird. Die Grundgedanken, aus denen dieser Anspruch erwächst, sind allerdings sozial- und personenrechtliche. Keinem Volksgenossen soll die Arbeit entzogen und so die Existenzgrundlage geschmälert werden, wenn es nicht die Lage des Betriebes unumgänglich erfordert. In der Betriebsgemeinschaft soll der Arbeiter eine gewisse Heimstatt haben, sie soll gewissermaßen seine berufliche Familie bilden[78]). Durch den Kündigungsschutz soll ihm die Gewißheit gegeben werden, daß er ohne triftigen Grund aus dieser Gemeinschaft nicht wird ausscheiden müssen, durch welche Gewißheit in besonders starkem Maße die Betriebsverbundenheit gefördert wird[79]). Aber trotz dieser sozial- und personenrechtlichen Gedanken wird die vermögensrechtliche Konstruktion des Kündigungswiderrufsanspruchs nicht geändert, denn ob ein Anspruch vermögensrechtlichen oder personenrechtlichen Charakters ist, entscheidet sich lediglich danach, ob zwischen den Parteien ein personenrechtliches Band besteht oder nicht. Wohl aber können die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen zwei Parteien von Gesetzes wegen so geordnet werden, daß nicht nur die Beziehungen der beiden Parteien zueinander, sondern auch ihre Beziehungen zur Umwelt berücksichtigt werden, wie es gerade dem heutigen Rechtsdenken entspricht. Der vorliegende Fall ist ein Beispiel dafür, wie ein vermögensrechtlicher Anspruch in Verfolgung sozial- und personenrechtlicher Zwecke gegeben wird.

Da die Klage auf Widerruf der Kündigung eine wirksame Kündigung zur Voraussetzung hat, ist sie zu unterscheiden von einer Klage, in der die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht wird[80]), sei es in der Weise, daß gerichtliche Feststellung verlangt wird, daß der Arbeitsvertrag weiterläuft oder indem der Lohnanspruch erhoben wird. Diese Klage wird unmittelbar auf den Arbeitsvertrag gestützt. Sie sei der Vollständigkeit halber an dieser Stelle erwähnt.

Schlußbemerkung.

Bei der Herausarbeitung der personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses nach der Systematik des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit hat sich gezeigt, wie das personenrechtliche Band zwischen dem Führer als solchem und der Gefolgschaft besteht, während die vermögensrechtlichen Beziehungen in dem Verhältnis des Arbeiters oder Angestellten zum Unternehmer zu suchen sind. Es hat sich weiter gezeigt, daß dadurch, daß das Gesetz

78) Dersch: Anm. 1 zu § 56 AOG.
79) Mansfeld-Pohl: Vorbem. vor § 56.
80) In § 61 I AOG selbst wird diese Scheidung ausdrücklich vorgenommen.

annimmt, daß die Führer- und Unternehmerfunktionen von verschiedenen Personen ausgeübt werden können, wenn dem Unternehmer die Fähigkeit Führer des Betriebes zu sein aberkannt ist, der innere Zusammenhang zwischen Führer- und Unternehmerfunktion zerrissen ist, so daß nach der Systematik des Gesetzes eine Beeinflussung der Beziehungen zum Unternehmer durch die personenrechtlichen Beziehungen zum Führer nicht stattfindet. Und doch entspricht es heute dem allgemeinen sozialen Empfinden des Volkes, daß in Zukunft die gesamten Beziehungen, in die der Arbeiter durch seine Arbeit in der Betriebsgemeinschaft tritt, von personenrechtlichen Gesichtspunkten durchdrungen werden. Nach der Systematik des AOG wird die Zusammenfassung der personenrechtlichen Beziehungen in der Betriebsgemeinschaft diesem Verlangen nicht gerecht Ohne Rücksicht auf die Systematik des AOG hat man daher das, was man gerne wollte, nämlich eine Durchdringung aller Beziehungen des Arbeitsverhältnisses mit personenrechtlichen Gesichtspunkten als durch das AOG vollzogen in der Literatur dargestellt. Daß diese Durchdringung nach der Systematik des AOG nicht gegeben ist, möge die vorliegende Arbeit gezeigt haben.

Man mache dem Verfasser nicht seine positivistische Betrachtungsweise zum Vorwurf. Wie schon in der Einleitung dargelegt, ist sie bei einer kritischen Gesetzesbetrachtung nicht zu entbehren. Sie war nötig, um zu zeigen, daß wir bei dem AOG wie es heute ist nicht stehen bleiben dürfen. Die Systematik des AOG wird seinen Grundgedanken weiter angepaßt werden müssen[81]). Erst dann wird das Arbeitsverhältnis in allen seinen Beziehungen auch nach dem Gesetz die erstrebte personenrechtliche Durchdringung erfahren, die für die Ueberwindung der Klassengegensätze unumgänglich notwendig ist.

---

81) Wie dies zu geschehen hätte, insbesondere, ob eine Erweiterung der Aufgaben des Führers ausreichen würde oder ob die Möglichkeit, daß jemand Unternehmer ist, dem die Führerfähigkeit mangelt, zu beseitigen und wieweit dies unter Berücksichtigung berechtigter wirtschaftlicher Belange durchführbar wäre, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht dargestellt werden.

Lebenslauf.

Am 17. September 1911 wurde ich in Trier geboren. Nach dem Besuch der Volksschule trat ich in Frankfurt am Main in das Lessing-Gymnasium ein, wo ich 1931 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommersemester 1931 immatrikulierte ich mich an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main und studierte dort 6 Semester Rechtswissenschaft. Am 24. November 1934 bestand ich am Oberlandesgericht in Frankfurt am Main die Erste Juristische Staatsprüfung.

Helmut Michels.